CRIZA FINANCIARĂ ÎN LUME

Reglementarea şi supravegherea instituţiilor de credit

FINANCIAL CRISIS IN THE WORLD

The role of the regulation and supervision of the credit institutions

Lucrările Conferinței Internaționale de Drept Bancar
Constanța, 3-6 iunie 2009

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY

III 303.970

Wolters Kluwer
Romania

ASOCIAȚIA CONSILIERILOR JURIDICI
DIN SISTEMUL FINANCIAR-BANCAR

BIBL. CENTR. UNIV.
„M. EMINESCU" IAŞI
III 305.970

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

CRIZA FINANCIARĂ ÎN LUME

REGLEMENTAREA ŞI SUPRAVEGHEREA INSTITUȚIILOR DE CREDIT

FINANCIAL CRISIS IN THE WORLD

THE ROLE OF THE REGULATION AND SUPERVISION OF THE CREDIT INSTITUTIONS

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Descrierea CIP a Bibliotecii Naţionale a României
Criza financiară în lume : reglementarea şi supravegherea instituţiilor de credit. - Bucureşti : Wolters Kluwer, 2010
ISBN 978-973-1911-96-0

336.22(100)

Wolters Kluwer
Romania

Abonamente şi comenzi:

tel.: (031) 224. 4150
fax: (031) 224. 4101
distributie@wolterskluwer.ro
www.wolterskluwer.ro

Orzari 86,
Bucureşti 021554
Copyright © Wolters Kluwer

Editura Wolters Kluwer este recunoscută de Consiliul Naţional al Cercetării Ştiinţifice din Învăţământul Superior

CPO: Ovidiu TUTOMIR
Redactor: Ioana MOGOŞ
Tehnoredactor: Marieta ILIE

Copyright © 2010 - Toate drepturile rezervate Editurii Wolters Kluwer România. Nicio parte din această lucrare nu poate fi reprodusă, arhivată sau transmisă sub nicio formă şi prin niciun fel de mijloace mecanice sau electronice fără permisiunea în scris din partea editorului.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

CRIZA FINANCIARĂ ÎN LUME
REGLEMENTAREA ŞI SUPRAVEGHEREA INSTITUȚIILOR DE CREDIT

606717

FINANCIAL CRISIS IN THE WORLD
THE ROLE OF THE REGULATION AND SUPERVISION OF THE CREDIT INSTITUTIONS

Lucrările Conferinței Internaționale „Criza financiară în lume. Rolul reglementării și al supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit"

Constanța, 3-6 iunie 2009

ALE

479262 B.C.U. IASI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Wolters Kluwer
Romania

CUPRINS

Richard CHARLTON, The Response of the Federal Reserve Bank of New York to the Current Crisis p. 6

Rafaelle AMBROSIO, Overview of the measures adopted in Italy to preserve the stability of the financial system italiene p. 16

Rosario PÉREZ-MORENO, Deposit Insurance schemes. The Spanish system of Deposit Guarantee Funds p. 26

Rainer KULMS, The Financial Crisis – Germany's Regulatory Reaction p. 38

Valeria NISTOR, The insolvency procedure – action in avoidance of fraudulent acts concluded by the debtor to the detriment of creditors p. 70

Marcos Eduardo MOISEEFF, The financial entities act's merger of banks and exclusion of assets and liabilities and its contribution to the health of the financial system p. 84

Ianfred SILBERSTEIN, The Regulatory Component in the Prudential Supervision of Credit Institutions p. 102

Gabriel del MAZO, The safety net of the financial system p. 116

Vlad NEDELEA, Deregulation crisis cause, regulation crisis effect p. 132

Lucian BERCEA, Remarks on banking contracts in thenew romanian Civil code p. 152

Constantin DUVAC, Criminal law reform and the economic crisis in Romania p. 170

Carmen MLADEN, General considerations for bank guarantee p. 196

Markus ZEHENTNER, Recapitalizing Credit Institutions and Insurance Companies - the Austrian Example p. 208

Teodora NINOF, Prudential Supervision Performed via the Relation with Institutions or Authorities Holding the Benefit of Legal Initiative as regards the Business of Credit Institutions p. 214

Roxana MUSOI, Insolvency and its effects in the relationship economic agents – credit institutions p. 226

Adrian DUMITRESCU, Subordinated loan – a credit institutions recapitalization tool p. 234

Carmen CONSTANTINESCU, Legal Dimensions of Loan Restructuring p. 240

Marian DRUGĂ, Interest and penalties set forth in loan agreements p. 246

Alina RĂDUȚ, Gabriela AMIN, Legal Aspects of the National Bank of Romania Operating on Domestic and International Financial Markets p. 256

5.MAI. 2011

CUPRINS

Richard CHARLTON, Răspunsul Federal Reserve Bank of New York în fața crizei prezente p. 7

Rafaelle AMBROSIO, Aspecte ale recentelor reguli din Italia privind criza financiară în lumina principiilor generale ale Legii bancare p. 17

Rosario PÉREZ-MORENO, Scheme de asigurare a depozitelor. Sistemul spaniol al Fondurilor de Garantare a Depozitelor p. 27

Rainer KULMS, Criza financiară – Reacția Organismului de Reglementare German p. 39

Valeria NISTOR, Procedura insolvenței – anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor p. 71

Marcos Eduardo MOISEEFF, Legea entităților financiare despre fuziunea băncilor și excludere de active și pasive – contribuția acestei legi la sănătatea sistemului financiar p. 85

Ianfred SILBERSTEIN, Componenta reglementare în cadrul supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit p. 103

Gabriel del MAZO, Plasa de siguranță a sistemului financiar p. 117

Vlad NEDELEA, Dereglementarea – cauza, reglementarea – efect al crizei p. 133

Lucian BERCEA, Câteva observații privind contractele bancare în noul Cod civil român p. 153

Constantin DUVAC, Reforma penală în condițiile crizei economice din România p. 171

Carmen MLADEN, Considerații generale privind garanția bancară p. 197

Markus ZEHENTNER, Recapitalizarea instituțiilor de credit și a companiilor de asigurări – exemplul Austriei p. 209

Teodora NINOF, Supravegherea prudențială realizată prin relația cu instituții sau autorități deținătoare a beneficiului de inițiative legislative cu privire la activitatea instituțiilor de credit p. 215

Roxana MUSOI, Insolvența și efectele ei în relația agenților economici cu instituțiile de credit p. 227

Adrian DUMITRESCU, Împrumutul subordonat la termen – instrument de recapitalizare a instituțiilor de credit p. 235

Carmen CONSTANTINESCU, Modalități legale de restructurare a creditelor p. 242

Marian DRUGĂ, Studiu privind dobânzile și penalitățile stipulate în contractele de credit p. 247

Alina RĂDUȚ, Gabriela AMIN, Aspecte juridice privind activitatea desfășurată de către Banca Națională a României pe piețele financiare interne și internaționale p. 257

BUCHAREST CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

The Response of the Federal Reserve Bank of New York to the Current Crisis[1]

Richard CHARLTON
Counsel and Assistant Vice President,
the Federal Reserve Bank of New York

The current financial crisis has been a major focus of our institution, the Federal Reserve Bank of New York, for almost two years. The following is a general summary of the response that the Federal Reserve Bank of New York (the *New York Fed*) has had to the crisis. Before getting into the specifics of the New York Fed's response, though, it may be helpful to briefly review the New York Fed's roles in U.S. Banking.

The New York Fed is one of 12 regional Reserve Banks which, together with the Board of Governors in Washington, D.C., make up the Federal Reserve System. *The Fed*, as the system is commonly called, is an independent governmental entity, created by Congress in 1913 to serve as the central bank of the United States. It is responsible for:

- formulating and executing monetary policy,
- supervising and regulating depository institutions,
- providing an elastic currency,
- assisting the federal government's financing operations, and
- serving as the banker for the U.S. government.

The New York Fed has supervisory jurisdiction over certain banks and all bank holding companies in the Second Federal Reserve District, which encompasses New York State, the 12 northern counties of New Jersey, Fairfield County in Connecticut, Puerto Rico and the Virgin Islands. Though it serves a geographically small area compared with those of most other Federal Reserve Banks, the New York Fed is the largest Reserve Bank in terms of assets and volume of activity in its district.

1. The New York Fed's Role in U.S. Monetary Policy

The New York Fed executes monetary policy, which means that we take various actions to influence the cost and availability of credit. Historically, important to these actions has been the Federal Funds Rate (*FFR*), and we have employed mainly Open Market Operations and Discount Window Operations. When conducting Open Market Operations, the New York Fed, on behalf of the Federal Open Market Committee (the *FOMC*) sets bank reserves supply and demand in balance, by buying or selling U.S. Treasury securities in the secondary

[1] Authored by Richard Charlton, Counsel and Assistant Vice President, the Federal Reserve Bank of New York. Any errors are the sole responsibility of the author, and any views expressed are those of the author only, and do not reflect the views of the Federal Reserve Bank of New York or the Federal Reserve System.

Răspunsul Federal Reserve Bank of New York în fața crizei prezente

Richard CHARLTON
Counsel and Assistant Vice President,
the Federal Reserve Bank of New York

Criza financiară din prezent a constituit o preocupare majoră a instituției noastre, Federal Reserve Bank of New York, de aproape doi ani. Lucrarea aceasta se vrea un rezumat general al răspunsului pe care Federal Reserve Bank of New York (*New York Fed*) l-a avut şi îl are în fața crizei. Înainte de a detalia specificitățile răspunsului New York Fed-ului, considerăm că ar putea fi util să revizuim, pe scurt, rolurile New York Fed-ului în operațiunile bancare din SUA.

New York Fed este una dintre cele 12 bănci regionale ale Rezervei Federale care, împreună cu Board of Governors (Consiliul Guvernatorilor) din Washington, D.C., alcătuiesc Sistemul Rezervelor Federale (Federal Reserve System). *Fed-ul*, aşa cum este denumit sistemul în mod uzual, este o entitate guvernamentală independentă creată de către Congres în 1913 pentru a servi ca bancă centrală a SUA. Această organizație este responsabilă de:

- Formularea şi conduita politicii monetare;
- Supravegherea şi reglementarea instituțiilor de depozit;
- Asigurarea unei monede elastice;
- Suport acordat operațiunilor de finanțare ale guvernului federal; şi
- Funcția de bancher al guvernului SUA.

New York Fed are jurisdicție de supraveghere asupra anumitor bănci şi asupra tuturor companiilor bancare de tip holding din Districtul Al Doilea al Rezervei Federale care include Statul New York, cele 12 regiuni din nordul New Jersey-ului, Fairfield County in Connecticut, Puerto Rico şi Insulele Virgine. Deşi deserveşte o zonă mică din punct de vedere geografic în comparație cu cele ale majorității celorlalte bănci ale Rezervei Federale, New York Fed este cea mai mare bancă a Rezervei Federale în ceea ce priveşte activele şi volumul de activitate în districtul ei.

1. Rolul New York Fed-ului în politica monetară din SUA

New York Fed se ocupă de conduita politici monetare, ceea ce înseamnă că execută diverse acțiuni pentru a influența costul şi disponibilitatea creditului. Istoric vorbind, importanța pentru aceste acțiuni a fost şi este Rata Rezervei Federale – RRF (*engl. Federal Funds Rate – FFR*), în utilizarea de către bancă cu precădere a operațiunilor de Open Market şi a operațiunilor de tip Discount Window. Efectuând operațiuni de tip Open Market, New York Fed, în numele Comitetului Federal pentru Operațiuni de Open Market – CFOM) (*engl. Federal Open Market Committee – FOMC*), stabileşte echilibrul între oferta şi cererea de rezerve bancare, cumpărând ori vânzând titluri emise de trezoreria SUA în piața secundară, cu scopul de a modifica nivelul FFR (care este rata dobânzii percepută între instituții depozitare pentru utilizarea rezervelor deținute la Federal Reserve de către instituțiile depozitare) până

ROMANIAN CENTRAL BANK LIBRARY

market, in order to move the FFR (which is the rate of interest charged between depository institutions for the use of reserves held at the Federal Reserve by depository institutions) to the level desired by the FOMC. When conducting Discount window operations, the Federal Reserve Banks provide secured short-term loans to depository institutions temporarily in need of funds. Of course, in light of current conditions, we have had to adapt our tools accordingly, as described later in this presentation.

2. The New York Fed's Role as a Bank Supervisor and Regulator

Within the Second District, the New York Fed has responsibility for supervising and regulating the following segments of the banking industry to ensure safe and sound banking practices and compliance with banking laws:

- Bank holding companies, including diversified financial holding companies formed under the Gramm-Leach-Bliley Act of 1999;
- state-chartered banks that are members of the Federal Reserve System (*state member* banks);
- foreign branches of member banks;
- *Edge* and *agreement* corporations, through which U.S. banking organizations may conduct international banking activities;
- U.S. state-licensed branches, agencies, and representative offices of foreign banks and nonbanking activities of foreign banks.

3. Supervisory and Regulatory Functions

The main objective of the supervisory process is to evaluate the overall safety and soundness of the banking organization. This evaluation includes an assessment of the organization's risk-management systems, financial condition, and compliance with applicable banking laws and regulations. The supervisory process entails both on-site examinations and inspections and off-site surveillance and monitoring. The New York Fed conducts on-site examinations of banks to ensure compliance with laws and regulations, as well as safe and sound banking practices in many areas, including, for example, the requirements of the Bank Secrecy Act and related regulations and the economic restrictions imposed under the U.S. Treasury's Office of Foreign Assets Control. Additionally, the New York Fed reviews applications by banks and bank holding companies for such proposals as mergers and new permissible activities, and takes supervisory enforcement actions when necessary to ensure compliance with law and principles of safety and soundness in banking.

4. The Role of the New York Fed in the U.S. Payments System

The New York Fed's retail services currently include distributing currency and coin to banks in the Second District, as well as collecting checks, and electronically transferring funds through the automated clearinghouse system for retail payments, which are generally for relatively small-dollar amounts. The New York Fed's wholesale services include electronically transferring funds through the Fedwire® Funds Service and transferring securities issued by

la nivelul dorit de către FOMC. Prin efectuarea operaţiunilor de tip Discount Window, băncile Rezervei Federale oferă împrumuturi garantate pe termen scurt instituţiilor depozitare care, temporar, au nevoie de fonduri. Desigur că luând în considerare condiţiile prezente, a trebuit să ne adaptăm instrumentele în consecinţă, aşa cum voi descrie mai jos în această prezentare.

1. Rolul New York Fed-ului ca organism de supraveghere şi reglementare a băncilor

În Districtul Al Doilea, New York Fed are responsabilitatea de a supraveghea şi reglementa următoarele segmente ale industriei bancare, cu scopul de a asigura practici bancare sigure şi sănătoase, conforme cu legile bancare:

- Instituţiile bancare de tip holding, incluzând companiile de tip holding financiar diversificat, înfiinţate conform Legii Gramm-Leach-Bliley din 1999;
- Băncile acreditate de state care sunt membre ale Sistemului Reservelor Federale (băncile *membre ale statelor);*
- Sucursalele străine ale băncilor membre;
- Corporaţiile de tip *edge* şi *agreement*, prin care instituţiile bancare din SUA pot efectua activităţi bancare internaţionale;
- sucursalele, agenţiile şi reprezentanţele băncilor străine înregistrate în SUA ca şi activităţile nebancare ale băncilor străine.

2. Funcţiile de supraveghere şi reglementare

Principalul scop al procesului de supraveghere îl constituie evaluarea siguranţei şi sănătăţii generale a instituţiilor bancare. Această evaluare include o evaluare a sistemelor de gestionare a riscurilor ale instituţiei în cauză, a stării sale financiare şi a conformităţii ei cu legile şi reglementările bancare aplicabile. Procesul de supraveghere presupune atât examinări cât şi inspecţii la faţa locului (on-site) dar şi supraveghere şi monitorizare de la birou (off-site). New York Fed efectuează examinări on-site ale băncilor pentru a asigura conformitatea cu legile şi reglementările ca şi practici bancare sigure şi sănătoase în multe domenii, incluzând, de exemplu, cerinţele legii secretului bancar şi reglementările înrudite dar şi restricţiile economice impuse de Trezoreria SUA în ceea ce priveşte controlul activelor străine. În plus, New York Fed revizuieşte solicitările băncilor şi ale instituţiilor bancare de tip holding privind propuneri de fuziuni şi noi activităţi permisibile şi aplică reguli de supraveghere atunci – când este necesar, pentru a asigura conformitatea cu legile şi principiile siguranţei şi sănătăţii operaţiunilor bancare.

3. Rolul New York Fed-ului în sistemul de plăţi din SUA

În prezent, serviciile retail ale New York Fed-ului includ distribuirea de bancnote şi monede către băncile din Districtul Al Doilea, ca şi încasarea cecurilor şi transferul electronic de fonduri prin sistemul caselor de compensare automate pentru plăţile retail, care, în general, sunt sume relativ mici, în dolari. Serviciile wholesale ale New York Fed includ transferul electronic de fonduri prin Fedwire® Funds Service şi transferul de titluri de valoare emise de

B.C.U. "M. EMINESCU" IAŞI

the U.S. government, its agencies, and certain other entities through the Fedwire® Securities Service for wholesale payments, which are generally for relatively large-dollar amounts. Additionally, the New York Fed is active in attempting to establish minimum standards and principles for the operation of systemically important payment systems and securities settlement systems.

5. The Response of the New York Fed to the Financial Crisis

With that as background, let us turn to what we've done to respond to the

current financial crisis. When the public thinks of the crisis, and especially in connection with the New York Fed, many immediately think of the institution-specific support that we've provided.

In March of last year, we learned that Bear Stearns faced imminent

bankruptcy. We knew that Bear occupied a central position in the very complex and intricate relationships that characterize our financial system, and that an abrupt and disorderly unwinding of Bear Stearns would have posed systemic risks to the financial system and magnified the downside risk to economic growth in the United States. Therefore, the New York Fed extended credit, first to JPMC so that it could, it turn, lend to Bear to get Bear through the weekend of March 14. Later in that month, the New York Fed agreed to assist in JPMC's eventual acquisition of Bear by lending to an SPV that would acquire certain of Bear's assets.

Later in the year, last September, seeing that a disorderly failure of AIG could

add to already significant levels of financial market fragility and lead to substantially higher borrowing costs, reduced household wealth, and materially weaker economic performance, the New York Fed entered into a lending relationship with that company. That lending relationship has been restructured somewhat since, including to strengthen the company's capital structure and assist it in repaying its balance on its loan from the New York Fed.

I should also note, though, that the Federal Reserve has also rendered

assistance to other specific individual institutions – Citigroup and Bank of America. In both cases, the Federal Reserve assistance has taken the form of an offer of a backstop to residual risk in connection with other assistance from the Treasury Department and the Federal Deposit Insurance Corporation.

But the New York Fed's actions in the context of the current crisis have not

been limited to assistance to a handful of larger, or more systemically important, institutions. Various kinds of liquidity programs have been made available by the New York Fed, usually in conjunction with the Federal Reserve Board, and sometimes even with the assistance of other Federal Reserve Banks.

The New York Fed has been involved in providing three kinds of liquidity facilities during the crisis. The first kind has been liquidity facilities for banks, other depository institutions, and other financial institutions. These facilities have been offered in order to address the acute seizing up of inter-bank financing markets. One of these facilities, the Discount Window, dates to before the beginning of the crisis, but its role has been enhanced during the crisis. Additionally, as dollar markets are global, swaps with other central banks have been necessary

guvernul SUA, de agenţiile sale şi de anumite alte entităţi, prin Fedwire® Securities Service pentru plăţile wholesale, acestea, în general, fiind plăţi de valoare relativ mare, în dolari. În plus, New York Fed este activă în încercarea de a stabili standarde şi principii minime pentru operarea sistemelor de plăţi de importanţă sistemică şi sistemelor de decontare a titlurilor.

5. Răspunsul New York Fed-ului în faţa crizei financiare

Luând acest cadru în considerare, haideţi acum să vedem ce am făcut noi pentru a răspunde crizei financiare prezente. Atunci când publicul larg se gândeşte la criza, şi mai ales în legătură cu New York Fed, mulţi se gândesc imediat la suportul instituţional specific pe care îl oferim.

În martie anul trecut, am aflat că Bear Stearns se află în faţa unui faliment iminent. Ştiam că Bear Stearns a ocupat o poziţie centrală în relaţiile foarte complexe şi încâlcite care caracterizează sistemul nostru financiar, şi ca o desfacere abruptă şi dezordonată a lui Bear Stearns ar fi însemnat riscuri sistemice pentru sistemul financiar şi ar fi mărit riscul de scădere a preţului acţiunilor (*engl. downside risk*) ceea ce constituie un risc pentru creşterea economică din SUA. De aceea, New York Fed şi-a extins creditarea, mai întâi către JPMC aşa încât aceasta să poată la rândul ei să ii dea cu împrumut lui Bear Stearns pentru ca Bear Stearns să treacă de weekend-ul din 14 martie. Mai târziu în aceeaşi lună, New York Fed a fost de acord să susţină posibilă achiziţie de către JPMC a lui Bear Stearns, dând cu împrumut unei companii de tip Special Purpose Vehicle - SPV (companie Vehicul cu Scop Special) care să achiziţioneze o serie dintre activele lui Bear Stearns.

Mai târziu în decursul anului, în septembrie trecut, văzând că o cădere dezordonată a lui AIG ar putea să se adauge nivelelor deja semnificative de fragilitate a pieţelor financiare şi să conducă la costuri semnificativ mai mari ale îndatorării, o avuţie redusă a gospodăriilor şi o performanţă economică semnificativ mai slabă, New York Fed a intrat într-o relaţie de creditare cu respectiva companie. De atunci, această relaţie de creditare a fost într-un fel restructurată, incluzând întărirea structurii de capital a companiei şi asistenţa în a-şi rambursa soldul creditelor de la New York Fed.

Mai trebuie să remarc şi că Federal Reserve a mai acordat asistenţă şi altor instituţii individuale specifice — Citigroup si Bank of America. În ambele cazuri, asistenţa Federal Reserve a îmbrăcat forma unei oferte de sprijin în caz de urgenţă privind riscul rezidual legat de o altă asistenţă de la Departamentul de Trezorerie şi de la Federal Deposit Insurance Corporation.

Dar acţiunile New York Fed în contextul crizei prezente nu s-au limitat la asistenţa acordată unei serii de instituţii mari, sau din punct de vedere sistemic mai importantă. Diferite forme de programe de lichiditate au fost făcute disponibile de către New York Fed, de obicei împreună cu Federal Reserve Board, şi uneori chiar cu asistenţa altor bănci ale Rezervei Federale.

New York Fed este implicată în furnizarea a trei feluri de facilităţi de lichiditate în timp de criză. Primul tip îl constituie facilităţile de lichiditate pentru bănci, alte instituţii de depozit şi alte instituţii financiare. Aceste facilităţi sunt oferite cu scopul de a trata îngheţarea acută a pieţelor finanţării interbancare. Una dintre aceste facilităţi, respectiv Discount Window, datează dinaintea începutului crizei, dar rolul său este mai mare în timpul crizei. În plus, deoarece pieţele dolarului sunt globale, au fost necesare swap-uri cu alte bănci centrale, cu scopul de a acorda asistenţă acestor instituţii, furnizându-le lichiditate în dolari. Parţial, aceste facilităţi au fost proiectate ca să încetinească procesul de *deleveraging* (*nota trad. reducerea nivelului datoriei unei companii; sau o situaţie în care traderii încearcă să vândă aceleaşi*

in order to assist those institutions in providing dollar liquidity. In part, these facilities have been designed to slow down the deleveraging process to avoid a destabilization of the financial system. Together, the facilities in this category have lengthened the duration of access to liquidity, broadened the types of eligible collateral, and expanded the range of eligible counterparties for some activities.

The second kinds of liquidity facilities provided by the New York Fed have

been facilities for borrowers and investors in key credit markets. It has been said that the Commercial Paper Funding Facility, for example, has essentially jump-started the commercial paper market, which had largely shut down following the failure of Lehman Bros. in September. On the other hand, the purpose of the Term Asset-Backed Securities Loan Facility, or *TALF*, has been to restart the securitization markets, and thereby lower the cost of borrowing to households and businesses.

Finally, the third kind of liquidity facility has involved the purchase of securities for the Federal Reserve's portfolio. This has been an expansion of our traditional tool of Open Market Operations, engaged in because the federal funds rate cannot be pushed below zero, and the Federal Reserve has engaged in this activity in order to support the functioning of credit markets and thereby hold down longer-term interest rates and ease financial conditions. The amounts involved have been quite large – on March 18, the Federal Reserve announced plans to purchase up to $300 billion of longer-term Treasury securities, in addition to increasing its total purchases of government-sponsored enterprise (*GSE*) debt to $200 billion, and its total purchases of mortgage-backed securities to up to $1.25 trillion.

In terms of efficacy, general improvement seems to have occurred in market

conditions in areas in which the liquidity facilities have been active. However, this does not mean that the facilities have been issue-free. First, the facilities can not address what has been called the fundamental problem – the shortage of capital in the banking system. Second, there are legal limits to Federal Reserve authority to act – we can only lend if we are secured to our satisfaction, which means that there must be sufficient collateral, and there are restrictions on the kinds of assets that the Federal Reserve can purchase. There has also been concern that the effectiveness of some of the facilities has been undercut by stigma about what borrowing communicates to the outside world. And, finally, there has apparently been concern in the borrowing community about *strings* that might be attached to participation in some of the facilities, such as involving TARP-like restrictions in connection with participation in the TALF.

Turning to our supervisory responsibilities, there have been, of course,

lessons learned in the course of this crisis, and we have responded. The crisis revealed deficiencies in some institutions in the areas of capital, liquidity, and risk management. In the area of capital, U.S. supervisors have been paying close attention since the beginning of the crisis, because capital serves as an important bulwark against potential unexpected loss. Earlier this year, the Federal Reserve issued supervisory guidance for bank holding companies regarding dividends, capital repurchases, and capital redemptions, reemphasizing that bank holding companies must serve as a source of strength for their subsidiary banks. Additionally, the Federal Reserve has led the interagency Supervisory Capital Assessment Program, aka, the *Stress Test*, of the 19 largest and most systemically important U.S. banking organizations. This action was undertaken in order to ensure that those institutions have a capital buffer sufficient

deţineri sau poziţii în acelaşi timp, context utilizat frecvent în timpul crizei financiare din Asia) pentru a evita destabilizarea sistemului financiar. Împreună, facilităţile din această categorie au lungit durata accesului la lichiditate, au lărgit tipurile de colateral eligibil şi au extins gama de contrapărţi eligibile pentru unele activităţi.

Al doilea tip de facilităţi de lichiditate furnizat de către New York Fed sunt facilităţile pentru împrumutaţi şi investitori în pieţele cheie ale creditului. S-a spus, de exemplu, că Commercial Paper Funding Facility (Facilitatea de Finantare a Efectelor de Comert) a condus substanţial la repornirea pieţei efectelor de comerţ, care se închisese în mare parte după falimentul lui Lehman Bros, în septembrie. Pe de altă parte, scopul Term Asset-Backed Securities Loan Facility – ori *TALF* (Facilitatea de credit pentru titluri garantate cu active) a fost să repornească pieţele de securitizare şi prin aceasta să scadă costul împrumuturilor către gospodarii şi afaceri.

În sfârşit, al treilea tip de facilitate de lichiditate a implicat achiziţia de titluri din portofoliul lui Federal Reserve. Această acţiune a constituit o extindere a instrumentului nostru tradiţional de operaţiuni de tip Open Market angajate, deoarece rata rezervei federale nu poate fi sub zero, iar Federal Reserve s-a angajat în această acţiune cu scopul de a susţine funcţionarea pieţelor creditului şi prin aceasta să menţină la nivele scăzute ratele dobânzilor pe termen mai lung şi să uşureze condiţiile financiare. Sumele implicate au fost foarte mari — în 18 martie, Federal Reserve a anunţat planuri de a achiziţiona până la $300 miliarde în titluri de Trezorerie pe termen mai lung, în plus faţă de creşterea achiziţiilor sale totale de datorii ale întreprinderilor sponsorizate de către guvern (*engl. government-sponsored enterprise – GSE debt*) la $200 miliarde, ca şi achiziţia totală de titluri garantate prin ipoteci (*engl. mortgage-backed securities*) până la $1,25 trilioane.

În ceea ce priveşte eficacitatea, o îmbunătăţire generală pare să fi apărut în condiţiile de piaţă în domenii în care facilităţile de lichiditate au fost active. Totuşi insa, aceasta nu înseamnă că facilităţile au existat fără emisiuni. Mai întâi, facilităţile nu pot trata ceea ce a fost numită problema fundamentală — lipsa capitalului în sistemul bancar. În al doilea rând, există limite legale ale autorităţii Federal Reserve de a acţiona — putem da cu împrumut doar dacă suntem garantaţi la un nivel pe care noi îl considerăm satisfăcător, ceea ce înseamnă că trebuie să existe suficient colateral; şi mai există şi restricţii privind tipurile de active pe care Federal Reserve le poate achiziţiona. Au existat îngrijorări că eficacitatea unora dintre facilităţi a fost limitată de stigmatul a ceea ce a lua cu împrumut îl comunica lumii exterioare. Şi, în sfârşit, au existat preocupări în comunitatea împrumutaţilor cu privire la condiţionalităţi care ar putea fi ataşate participării la anumite facilităţi, cum ar fi implicarea unor restricţii de tipul TARP (Troubled Assets Relief Program) în legătură cu participarea la TALF.

Întorcându-ne la responsabilităţile noastre de supraveghere, au existat, bineînţeles, lecţii de învăţat în timpul acestei crize iar noi am răspuns la ele. Criza a dezvăluit deficiente în unele instituţii în ceea ce priveşte capitalul, lichiditatea şi gestionarea riscurilor. În domeniul capitalului, supraveghetorii din SUA urmăresc problema cu mare atenţie de la începutul crizei încă, deoarece capitalul serveşte ca un *parapet* important contra unor pierderi potenţiale neaşteptate. Mai pe la începutul acestui an, Federal Reserve a emis linii directoare de supraveghere pentru instituţiile bancare de tip holding privind dividendele, reachiziţia capitalului şi răscumpărarea capitalului, reîntărind ideea că instituţiile bancare de tip holding trebuie să servească ca o sursă de putere pentru băncile lor subsidiare. În plus, Federal Reserve a condus şi programul inter-agenţii numit *Supervisory Capital Assessment Program* (Programul de evaluare a capitalului de supraveghere), testul la stres – *Stress Test*, pentru 19 dintre cele mai mari şi sistemic importante bănci din SUA.

to remain well-capitalized and actively lending, even should macroeconomic conditions prove worse than expected.

The crisis has also demonstrated the importance of effective liquidity management. We are monitoring the major organizations' liquidity on a daily basis and discussing the firms' strategies, market developments, and risks with their management. Importantly, we have been emphasizing the possible effects on liquidity of stressed market conditions, and the risks arising from the need to fund off-balance-sheet positions.

The crisis has also exposed the inadequacy of risk management at many

financial institutions. We have stepped-up our efforts to work with banks in this area. For example, we have emphasized the importance of stress-testing to identify risks that might not be identified by statistical models. We are also requiring more comprehensive evaluation of the possible unintended consequences of proposed new financial instruments, again, including how those instruments may perform under stressed market conditions. We have also focused efforts in the areas of counterparty credit risk, compensation, and internal communication. Finally, we have emphasized to the institutions we supervise that strong risk management is at least as important in good times as it is in bad times in such good times, with low perceived risk and good financial positions, institutions can become overly optimistic and make costly mistakes.

The crisis has also demonstrated the importance of effective and timely risk management that is truly firm-wide for large financial institutions. A focus on enhancing Federal Reserve consolidated supervision of bank holding companies began even before the crisis – last year, this effort culminated in new consolidated supervision guidance directing examiners to focus on key areas in large firms with many legal entities.

Of course, fostering broader stability in the markets is an activity complementary to the supervision of individual institutions–information and expertise gained in one area can significantly improve the other. The New York Fed has for some time now led a joint public-private sector initiative to improve arrangements for clearing and settling credit default swaps and other over-the-counter derivatives. These efforts have caused a significant improvement in accuracy and timeliness of trade information. Another significant accomplishment achieved through these efforts has been the establishment of CDS central counterparties. The New York Fed, along with other supervisors, also continues its efforts to establish increasingly stringent targets and performance standards for OTC market participants.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Această acţiune a fost întreprinsă cu scopul de a se asigura că aceste instituţii au un tampon de capital suficient pentru a rămâne bine capitalizate şi că pot da credite în mod activ, chiar dacă condiţiile macroeconomice se dovedesc mai proaste decât cele aşteptate.

Criza a mai demonstrat şi importanţa gestionării eficace a lichidităţii. Monitorizăm lichiditatea celor mai importante organizaţii zilnic şi discutăm strategiile companiilor, evoluţiile din pieţe, şi riscurile gestionării lor. Ceea ce este de asemenea important, este că am subliniat posibilele efecte asupra lichidităţii in condiţii de piaţă stresată, ca şi riscurile generate de nevoia de a finanţa poziţiile extrabilanţiere.

Criza a mai expus şi inadecvarea gestionării riscurilor din multe instituţii financiare. În acest sens, ne-am accelerat eforturile de a conlucra cu băncile în acest domeniu. De exemplu, am subliniat importanţa testării la stres pentru a identifica riscurile care ar putea să nu fie identificate de modelele statistice. Mai cerem de asemenea şi o evaluare mai cuprinzătoare a posibilelor consecinţe neintenţionate ale noilor instrumente financiare propuse, din nou, incluzând modul în care aceste instrumente ar putea performa în condiţii de piaţă stresată. Ne-am mai concentrat eforturile în domenii privind riscul de credit al contrapărţii şi compensarea şi comunicarea internă. În sfârşit, am subliniat instituţiilor pe care le supraveghem că o gestionare strictă a riscurilor este cel puţin la fel de importantă în vremuri bune ca şi în vremuri grele — în astfel de vremuri bune, cu risc perceput ca fiind scăzut şi poziţii financiare bune, instituţiile pot deveni prea optimiste şi face greşeli costisitoare.

Criza a mai demonstrat şi importanţa unei gestionări eficace şi la timpul oportun a riscurilor care să se efectueze cu adevărat în toată organizaţia în cazul instituţiilor financiare. Concentrarea Federal Reserve pe extinderea supravegherii consolidate a instituţiilor bancare de tip holding a început şi înainte de criza — anul trecut, acest efort a culminat în noile linii directoare pentru supravegherea consolidată care dă indicaţii examinatorilor ca să se concentreze pe domeniile cheie în organizaţii mari, cu multe entităţi juridice.

Desigur că promovarea unei stabilităţi mai mari în pieţe constituie o activitate complementară supravegherii instituţiilor la nivel individual — informaţiile şi expertiza câştigate într-un domeniu pot să îmbunătăţească semnificativ un alt domeniu. De ceva timp deja, New York Fed conduce o iniţiativă sectorială comună, public-privata, de a îmbunătăţi aranjamentele pentru compensarea şi decontarea instrumentelor derivate de tipul credit *default swaps (CDS)* şi alte derivative *over-the-counter*. Aceste eforturi au condus la îmbunătăţirea semnificativă a acurateţei şi oportunităţii informaţiilor privind tranzacţiile. O altă realizare semnificativă obţinută prin aceste eforturi o constituie înfiinţarea contrapărţilor centrale ale CDS-urilor. New York Fed, împreună cu alţi supraveghetori, îşi continuă şi eforturile pentru a stabili ţinte şi standarde de performanţă tot mai stringente pentru participanţii din pieţele OTC, nereglementate.

V-am oferit o vedere generală foarte sintetică a răspunsului New York Fed la prezenta criză financiară.

27 mai 2009

Versiunea în limba română dr. Flavia Toader

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Overview of the measures adopted in Italy to preserve the stability of the financial system

Rafaelle D'AMBROZIO
Banca d'Italia

1. Decrees Law 155 of 9 October 2008 and 157 of 13 October 2008, converted into Law 190 of 4 December 2008

Decree Law 155 of 9 October 2008, ratified with amendments by Law 190 of 4 December, authorizes the Ministry for the Economy and Finance to provide a supplementary state guarantee for three years for retail bank deposits, further strengthening Italy's depositor protection system, which already offers a high level of protection.

Emergency measures are also envisaged, such as recourse to crisis management procedures in the event of a severe liquidity crisis at a bank and the simplification of lending by the Bank of Italy to intermediaries in order to cover liquidity needs. Art. 1-*bis* of Decree Law 155/2008, which was introduced during the decree's ratification by Parliament and essentially reproduces the contents of Decree Law 157 of 13 October 2008, later converted with some modifications into Law 190/2008, envisages three instruments to sustain bank liquidity that are regulated by the implementing ministerial decree issued on 27 November.

First, up to December 2009 the Ministry for the Economy and Finance may provide a state guarantee for Italian banks' new liabilities with a residual maturity of between three months and five years that are not counted in the issuer's regulatory capital.

Secondly, provision is made for the possibility of carrying out renewable swaps with a maximum maturity of six months between Italian government securities and newly issued bank liabilities for amounts of at least €500,000. This facility flanks the instruments already put in place by the Bank of Italy and enables banks to count on readily usable securities in order to obtain liquidity. Banks may also resort to it in order to access the new collateralized segment of the interbank market, promoted by the Bank of Italy.

For both the state guarantee and securities swaps, the financial instruments must be denominated in euros and envisage redemption at maturity in a single payment (bullet maturity). In addition, they must not be structured or complex securities or have a derivative component.

Thirdly, to facilitate the procurement of liquidity, the decree law provides for a public guarantee for operators that temporarily sell securities eligible for Eurosystem refinancing operations to banks. For the purposes of admission to the facilities, the Bank of Italy assesses the applicant bank's compliance with the capital requirements (with reference to Tier 1 and

BOCCONI UNIVERSITY LIBRARY

Aspecte ale recentelor reguli din Italia privind criza financiară în lumina principiilor generale ale Legii bancare italiene

Rafaelle D'AMBROSIO
Banca d'Italia

1. Tema lucrării

Scopul lucrării este acela de a sublinia *unele aspecte ale răspunsului Italiei la criza financiară,* cu scopul de a stabili dacă regulile din ultimele câteva luni sunt conforme sau nu cu *principiile* generale privind *supravegherea bancară.*

Mai întâi, vom descrie *măsurile* de urgență *adoptate de către Guvernul italian (și apoi confirmate de către Parlamentul italian)* pentru a proteja deponenții, a susține lichiditatea și capitalul băncilor și a le întări capacitatea de a satisface cererea de împrumuturi.

Nu vom detalia prea mult cu privire la măsurile adoptate pentru a *susține lichiditatea băncilor,* căci acestea sunt legate de scopuri monetare, deși în cazul unei crize financiare poate că nu este ușor (ar putea fi chiar dificil) să distingem obiectivele politicii monetare de cele ale politice de supraveghere.

Pe de altă parte, ne vom concentra pe măsurile prudențiale care au ca scop *recapitalizarea băncilor italiene nesănătoase (Decretul-lege nr. 155/2008) și a întări capacitatea băncilor italiene sănătoase de a satisface cererea de împrumuturi (Decretul-lege nr. 185/2008).*

Regulile care guvernează aceste măsuri prudențiale pot deroga de la legile financiar-bancare italiene (derogările se referă specific la regulile privind deținerea de capital bancar ca și la cele privind oferta obligatorie – *engl. mandatory bid*) însă acestea *nu distorsionează obiectivele supravegherii și rolul Băncii Italiei ca autoritate de supraveghere.*

2. Măsuri adoptate

Măsurile de urgență au fost inițial adoptate în forma *Decretelor-lege nr. 155/2008 și nr. 185/2008* și au fost *transformate apoi în Legea nr. 190/2008* și, respectiv, *Legea nr. 2/2009.* Un al treilea Decret-Lege (nr. 157 din 13 octombrie 2008) a fost reprodus în esența sa în art. 1-*bis* al Decretului-lege 155/2008, care a fost introdus în timpul ratificării de către Parlament.

Decretul-lege nr. 155 din 9 octombrie 2008 confirmat de Legea nr. 190/2008 identifică *trei zone specifice de acțiune*: (I) *recapitalizarea băncilor italiene nesănătoase (art. 1 și art. 2 par. 2),* (II) *suport pentru operațiunile proiectate să facă față severei lipsei de lichiditate (art. 2 par. 1 și art. 3),* și (III) o *garanție de stat pentru deponenți (art. 4 par. 1).* Mai multe detalii:

Considerând *primul aspect* (I) decretul *mandatează Ministerul Economiei și Finanțelor să subscrie sau să garanteze până la 31 decembrie 2009 majorările de capital decise de către băncile italiene dacă capitalul lor este considerat a fi inadecvat de către Banca Italiei.* Băncile vor trebui

BUCHAREST CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

total capital) and its profitability in the last three financial years. In line with the Community guidelines on state aid (European Commission Communication of 13 October 2008), limits are set on the expansion of banks' assets and requirements are laid down with a view to preventing banks from misusing the public aid they receive.

In line with the Eurosystem recommendations, the state guarantees carry a fixed cost (of 0.50 percentage points) for transactions with a maturity of up to one year; for transactions with longer maturity the cost reflects the issuer risk, derived from the spread on five-year credit default swaps. For securities swaps, there is a fixed fee of 1 percentage point.

The Ministry of Economy and Finance has recently issued the instructions allowing Italian banks, starting from 26 March 2009 until the end of 2009, to present their request for access to the state guarantees on the bank's liabilities and on the operations put in place by the bank in order to obtain the temporary availability of securities for refinancing operations with the Eurosystem and for access to the swap operations with the Ministry.

With a view to ensuring an adequate level of bank capitalization, Decree Law 155/2008 also allows the Ministry for the Economy and Finance, up to 31 December 2009, to subscribe capital increases by Italian banks or bank holding companies for which the Bank of Italy has ascertained a situation of capital inadequacy. The shares purchased by the Ministry do not carry voting rights and have preference in the distribution of dividends. Such intervention must be accompanied by a stabilization and strengthening plan, which will be evaluated by the Bank of Italy taking account, among other factors, of the dividend policies approved by the shareholders' meeting. The issuer may redeem the shares, provided the Bank of Italy attests that this is not prejudicial to the solidity of its capital base.

2. Decree Law 185 of 29 November 2008, concerted into Law 2 of 28 January 2009

Art. 12 of Decree Law 185 of 29 November 2008, converted into Law no. 2 of 28 January 2009, empowers the Ministry for the Economy and Finance up to 31 December 2009 to subscribe financial instruments issued by listed Italian banks or bank holding companies that qualify as regulatory capital. The Bank of Italy will assess the situation of the bank's capital and the characteristics of the financial instruments. Unlike the recapitalization envisaged by Decree Law 155/2008, this measure is addressed to sound banks and is intended to strengthen their ability to meet the demand for loans. An issuer may redeem the financial instruments, provided the Bank of Italy judges that redemption is not prejudicial to the solidity of the intermediary's capital base; in addition, issuers may request conversion of the financial instruments into shares. Banks intending to avail themselves of this facility must adopt a code of ethics, particularly regarding executive compensation policies, and undertake, on the basis of a memorandum of understanding, to lend to households and small and medium-sized enterprises on appropriate terms and conditions.

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

să adopte un plan de stabilizare şi întărire a poziţiei lor financiare şi o politică consecventă privind dividendele. Aceste planuri şi politici vor trebui să fie evaluate de Banca Italiei. Acţiunile subscrise de către Minister nu vor avea ataşate drepturi de vot şi vor avea drept de preferinţă în distribuţia dividendelor;

Considerând *al doilea aspect* (II), *facilitarea intervenţiei în sprijinul lichidităţii*, decretul mai simplifică şi regulile privind colateralul furnizat în schimbul finanţării primite de la Banca Italiei. În plus, în cazul unei crize grave de lichiditate, se autorizează Ministerul Economiei şi Finanţelor să garanteze împrumuturile acordate de către Banca Italiei băncilor italiene şi sucursalelor băncilor străine care operează în Italia. Anvergura procedurilor privind administrarea specială şi lichidarea administrativă obligatorie (Titlul IV din Legea Bancară Consolidată) se extinde la cazurile de criză profundă, incluzând crizele de lichiditate care ar putea pune în pericol stabilitatea sistemului financiar;

În sfârşit (III), în ceea ce priveşte *protecţia deponenţilor*, Ministerul este mandatat să emită o garanţie de stat pentru a susţine schema interbancară de asigurare a depozitelor italiene care oferă acoperire de până la € 103.191,38 considerabil mai mult decât minima UE, recent ridicată la € 50.000.

În 13 octombrie, Guvernul a emis *Decretul-lege nr. 157* (vezi acum *art. 1-bis al Legii nr. 190 din 2008*) pentru a majora gradul de lichiditate al activelor băncilor şi a susţine finanţarea din piaţă, prin aceasta implementând măsurile convenite împreună cu celelalte ţări din zona euro. În acest scop, decretul autorizează Ministerul Economiei şi Finanţelor să ia următoarele măsuri până la 31 decembrie 2009: să emită garanţii de stat pentru noile pasive ale băncilor italiene; să efectueze schimburi temporare de titluri guvernamentale cu active din portofoliul băncilor sau cu pasive ale băncilor italiene contraparte; şi să emită garanţii de stat pentru contractele încheiate între participanţii italieni din piaţă şi băncile italiene, punându-le acestora la dispoziţie, temporar, titluri de valoare eligibile pentru operaţiuni de refinanţare cu Eurosistemul.

Cu scopul de a susţine revenirea pieţei interbancare, Banca Italiei, împreună cu Asociaţia Italiană a Băncilor şi e-MID SIM a proiectat o schemă de tranzacţionare care utilizează platforma operată de către e-MID SIM, pentru a oferi participanţilor, împreună cu tipurile existente de contracte, posibilitatea de a efectua tranzacţii în euro în mod anonim şi cu protecţie faţă de riscul de credit. Anonimitatea contractelor bilaterale devine posibilă datorită rolului jucat de Banca Italiei, care evaluează colateralul furnizat de către băncile participante, face posibilă decontarea cu promptitudine a tranzacţiilor dacă o contraparte din contract intră în incapacitate de plată şi trece la valorificarea colateralului, asigurând efectuarea contractelor. Schema presupune o împărtăşire parţială mutualistă a riscului de incapacitate de plată. Noul segment de piaţă este planificat să rămână operaţional până la 31 decembrie 2009.

Art. 12 al Decretului-lege nr. 185 din 29 noiembrie 2008 mandatează Ministerul Economiei şi Finanţelor ca până la 31 decembrie 2009 să *subscrie instrumentele financiare emise de către băncile italiene listate sau instituţiile bancare de tip holding care se califică în ceea ce priveşte capitalul de reglementare*. Banca Italiei va evalua situaţia capitalului băncilor şi caracteristicile instrumentelor financiare.

Spre deosebire de recapitalizarea stipulată în Decretul-lege nr. 155/2008, *această măsură se adresează băncilor sănătoase şi are ca intenţie întărirea capacităţii acestora de a satisface cererea de împrumuturi (art. 12 par. 1, Decretul-lege nr. 185/2008)*. Un emitent poate răscumpăra instrumentele financiare, dacă Banca Italiei consideră că răscumpărarea nu aduce prejudicii solidităţii bazei de capital a intermediarului (art. 12 par. 2); în plus, emitenţii pot cere conversia instrumentelor financiare în acţiuni (art. 12 par. 1).

3. Decree of the Ministry for the Economy and Finance of 25 February 2009

The Decree of the Ministry for the Economy and Finance of 25 February 2009, published on 7 March 2009, sets out the modalities for banks to gain access to the capitalisation measures. In particular, the Decree outlines the economic and financial conditions attached to the instruments, the criteria and procedures for eligibility of banks as well as the commitments to be undertaken by the latter.

The economic and financial conditions attached to the instruments are explained in a prospectus which is part of the Decree itself and are conceived taking into account the criteria established in European Commission Communication of 5 December 2008.

By virtue of their financial characteristics, the instruments will be considered high-quality capital, as they will have the same subordination level as shares in the event of losses causing the total solvency ratio to fall under 8%. So the instruments will be computable in Core Tier 1 capital.

Different options are made available to banks for interest payments. In the first option, a lower annual interest rate applies in the first years (starting from the highest of 7,5% of the face value in 2009, 105% of the dividend distributed on ordinary shares and the interest rate on long term Treasury bonds plus 300 basis points), against a reimbursement price within a range between 110% of the initial issue price and the market price, with caps varying through time (120% in the first three years).

In the second option, a higher annual interest rate applies (8.5% over the first four years) against a lower reimbursement price (at par over the first four years).

From the seventh year on the two options will share the same characteristics. Under both options interests to be paid cannot exceed 15%.

Finally, if 30% at least of the issued instruments are underwritten by private investors (at least two-thirds of whom must be new shareholders) interests may be fixed at lower levels, while remaining always higher than the 30-year Treasury Bonds yield, plus 200 basis points.

The underwriting of the instruments by the Ministry for the Economy and Finance is subject to the Bank of Italy's assessment of both the capital adequacy and the risk profile of applicant banks, as well as of the characteristics of the financial instruments. The assessment of the banks' risk profile will also take into account market indicators such as spreads on credit default swaps and rating of banks.

The underwriting of the financial instruments by the Ministry for the Economy and Finance is also conditional on: a) the undertaking by the issuer of commitments set out in an ad-hoc protocol agreed upon by the Italian Banking Association and the Ministry, focusing on the financing to be extended to small and medium enterprises and households; b) the adoption of an *ethic code* establishing guidelines on management remuneration policies.

BCU BUCHAREST UNIVERSITY LIBRARY

Modalităţile prin care băncile pot avea acces la măsurile de capitalizare au fost stabilite prin *Decretul Ministerului Economiei şi Finanţelor din 25 februarie 2009*. În particular, acest decret ministerial stipulează condiţiile economice şi financiare ataşate instrumentelor, criteriile şi procedurile de eligibilitate pentru bănci ca şi angajamentele pe care acestea trebuie să le facă.

Condiţiile economice şi financiare ataşate instrumentelor sunt explicate specific într-un prospect care este o parte a decretului ministerial. Datorită caracteristicilor lor financiare, aceste instrumente vor fi considerate ca fiind capital de înaltă calitate, căci ele vor avea acelaşi nivel de subordonare ca şi acţiunile în cazul pierderilor care fac ca indicatorul total de solvabilitate să scadă sub 8%. Diferite opţiuni sunt disponibile băncilor pentru plăţile de dobândă.

Subscrierea de instrumente de către Ministerul Economiei şi Finanţelor constituie obiectul evaluării Băncii Italiei atât în ceea ce priveşte adecvarea capitalului, cât şi a profilului de risc al băncilor solicitante, ca şi a caracteristicilor instrumentelor financiare.

Subscrierea de instrumente financiare mai este condiţionată şi de: a) *asumarea de către emitent a unor angajamente stipulate într-un protocol ad-hoc convenit de către Asociaţia Italiană a Băncilor şi Minister, concentrându-se pe finanţarea care este extinsă IMM-urilor şi gospodăriilor*; b) *adoptarea unui cod etic care stabileşte liniile directoare privind politicile de management al remuneraţiilor.*

Scopul acordului este acela de a crea condiţiile pentru creşterea ofertei de credite către IMM-uri şi gospodării, în paralel cu nevoia de a menţine un nivel ridicat de stabilitate sistemică şi standarde prudente de alocare a creditului. Conform acestui acord cadru, băncile se angajează să: facă disponibil pentru IMM-uri, pentru următorii trei ani, un volum de resurse care să nu fie în scădere, cu termeni avantajoşi în comparaţie cu ultimii doi ani; să contribuie la fondurile de garantare pentru IMM-uri şi să aplice condiţii firmelor garantate care să reflecte riscul mai scăzut al tranzacţiilor; şi să susţină lichiditatea creditorilor guvernului, scontându-le creanţele. În ceea ce priveşte gospodăriile, băncile trebuie să fie de acord să suspende ratele plăţilor creditelor ipotecare, pentru cel puţin 12 luni, fără costuri pentru clienţi, pentru debitorii care şi-au pierdut locurile de muncă şi care sunt beneficiarii măsurilor publice de susţinere a veniturilor şi să susţină acordurile pentru avansuri din alocaţiile din Fondul Special de Suplimentare a Salariilor. În plus, băncile se angajează să ofere clienţilor lor informaţii adecvate cu privire la iniţiativele luate pentru a implementa memorandumul. Băncile emitente vor trebui să furnizeze, trimestrial, date agregate necesare pentru monitorizarea aplicării memorandumului.

De asemenea, băncile care beneficiază de recapitalizare vor trebui să urmeze *politici de dividende armonizate cu o bază de capital suficient de puternică* şi să adopte un *cod etic* privind, printre altele, compensaţiile conducerii la vârf şi unor anumite categorii de angajaţi (cum ar fi traderii). Aceste politici de compensaţii trebuie să fie armonizate cu principiile unei gestionări prudente a riscurilor şi cu strategii corporatiste pe termen lung. În legătură cu acest lucru, dacă nu au făcut-o deja şi trebuie să o facă datorită dimensiunii şi complexităţii afacerilor lor, băncile vor trebui să înfiinţeze un comitet pentru compensaţii în care majoritatea membrilor trebuie să fie persoane independente.

3. Măsuri adoptate pentru a susţine lichiditatea băncilor

Măsurile adoptate pentru a susţine lichiditatea băncilor se referă la obiectivele politicii monetare. Din această cauză nu vom detalia mai mult acest subiect.

Totuşi însă, *pentru a demonstra că în cazul unei crize financiare nu este uşor să se separe măsurile de politică monetară de măsurile de politică de supraveghere, ne vom concentra pe art. 2.1 si 3.2 din Legea nr. 190/2008.*

4. The framework agreement between the Italian Banking Association and the Ministry for the Economy and Finance on underwriting the financial instruments envisaged in art. 12 of Decree Law 185 of 29 November 2008

In order to implement the measures introduced by the Government to support banks capitalisation and liquidity as well as the financing of the economy, banks commit to:

- Make available to small and medium-sized enterprises over the next three years an amount of financing – also for the purpose of debt restructuring – which is at least equal to the average amount supplied over the last two years, at the same time keeping adequate levels of credit quality. The amount to be supplied will be specified when each beneficiary bank underwrites the protocol envisaged by the Decree;
- Offer to small and medium-sized enterprises credit conditions which are not penalising on the whole - risk conditions being equal - relative to the conditions applied over the last two years, also taking into account the cost of provisioning;
- Make a contribution to the guarantee fund for financing supplied to small and medium-sized enterprises equal to 1.5% of the total amount of the financial instruments issued by the bank according to art. 12 of Decree Law 185/2008;
- Quarterly provide the Ministry for the Economy and Finance with all information necessary for monitoring the implementation of the protocols. The Bank of Italy will lend support in identifying the monitoring variables and in analysing relevant data.
- Adopt dividend policies which are consistent with an adequate capitalisation level.

In order to support households banks commit to suspend – under certain specific circumstances – instalments payment for a year at least, without any additional financial burden for clients, consequently extending the reimbursement period.

Under the ethic code envisaged in art. 12 of the Decree Law 185/2008 banks commit to:

- Follow ethics and transparency criteria when establishing top management and market operators – including traders – remuneration, including any benefits, according to the supervisory authority's guidelines in this field;
- Adopt remuneration policies which are consistent with a sound management of the bank's risk and take into account long-term strategies; any reductions of both the level and the dynamics of top management remuneration should also be explored;

BCU IASI CENTRALA UNIVERSITARA

Conform art. 2.1 din Legea nr. 190/2008, scopul procedurilor crizei stipulate în Titlul IV al Legii Bancare Consolidate (administrarea specială şi lichidarea administrativă obligatorie) este extins[1] la cazurile de criză severă, incluzând crizele de lichiditate, care ar putea pune în pericol stabilitatea sistemului financiar. În acest caz, măsurile de supraveghere se aplică în scopuri de politică monetară (criza de lichiditate).

Mai mult chiar, conform art. 3.2 din Legea nr. 190/2008 cu scopul de a trata crizele grave de lichiditate, MEF poate emite o garanţie de refinanţare furnizată de Banca Italiei în favoarea băncilor încorporate în Italia ca şi a sucursalelor băncilor străine înfiinţate în Italia. Regula recunoaşte, pentru prima dată în legislaţia italiană, asistentă de lichiditate de urgenţă în scop microeconomic. Furnizarea acestei facilităţi este o decizie independentă pe care Banca Italiei trebuie să fie în poziţia de a o lua într-o manieră complet independentă.

4. Principalele caracteristici adoptate pentru a susţine capitalul băncilor şi a le întări capacitatea de a satisface cererea de împrumuturi

Măsurile menţionate de art. 1 din Legea nr. 190/2008 au ca scop *capitalizarea băncilor nesănătoase* în timp ce acelea stipulate de art. 12 din Legea nr. 2/2009 au ca scop *întărirea capacităţii băncilor sănătoase de a satisface cererea de împrumuturi.*

Ambele măsuri: se aplică *băncilor italiene sau băncilor companiilor de tip holding*; pot fi adoptate doar *la cererea băncilor*; sunt *măsuri temporare* (până la 12 decembrie 2009); trebuie să *respecte liniile directoare ale CE cu scopul de a se conforma interdicţiilor privind ajutorul de stat; trebuie şi se conformeze regulilor stipulate în Legea bancară italiană ca şi în Legea financiară italiană, dacă aceste reguli nu sunt derogate în mod expres.*

Art. 1 din Legea nr. 190/2008 stipulează ca MEC să subscrie acţiuni *care nu au ataşate drepturi de vot şi au drept de preferinţă în distribuţia de dividende*; art. 12 din Legea nr. 2/2009 stipulează ca MEF să subscrie *instrumente financiare care nu au ataşate drepturi de vot şi care se iau în calculul capitalului de supraveghere.*

Subscrierea de acţiuni este condiţionată de adoptarea unui plan de stabilizare şi întărire şi de o politică consecventă privind dividendele; subscrierea de instrumente financiare este condiţionată de luarea de angajamente stabilită printr-un protocol ad-hoc care se concentrează pe finanţarea care urmează să se furnizeze IMM-urilor şi gospodăriilor şi pe adoptarea unui cod etic care stabileşte liniile directoare privind politicile de management al remuneraţiilor; pentru ca să asigure conformitatea emitentului cu angajamentele stipulate în protocol, s-a creat *un birou de tip credit watch în birourile prefectului.*

Emitentul poate cere *răscumpărarea acţiunilor şi a instrumentelor financiare* şi *conversia instrumentelor financiare în acţiuni purtătoare de drepturi de vot* (într-un astfel de caz, MEC poate vota).

[1] Conform art. 70 par. 1 din Legea bancară italiană „Ministrul Economiei şi Finanţelor, acţionând la propunerea Băncii Italiei, poate emite un decret care să dizolve organismele administrative şi de control ale unei bănci acolo unde: a) se constată nereguli administrative grave sau violări grave ale legilor, reglementărilor sau statutelor care guvernează activitatea băncilor; b) se aşteaptă mari pierderi de capital; c) dizolvarea a constituit obiectul unei cereri rezonabile a organismelor administrative sau a unei adunări generale extraordinare". Art. 80 par. 1 din aceeaşi lege stipulează la rândul său că „Ministrul Economiei şi Finanţelor, acţionând la propunerea Băncii Italiei, poate emite un decret care să revoce autorizarea de a se angaja în operaţiuni bancare şi să ordone lichidarea administrativă obligatorie a băncilor, chiar şi acolo unde este în vigoare administrarea specială ori lichidarea conform regulilor obişnuite, acolo unde neregulile administrative sau violările legilor, reglementărilor sau statutelor ori pierderile la care se face referire în art. 70 sunt extrem de grave".

- If appropriate, establish a Remuneration Committee to be mostly composed of independent actors.

The bank will also have to ensure that any economic remuneration to be granted to managers or traders upon concluding their office is reasonable in amount and properly made public.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

5. Rolul Băncii Italiei

Banca Italiei evaluează condiţiile pentru adoptarea măsurilor privind criza. Mai multe detalii:

- în cazul stipulat de art. 1 din Legea nr. 190/2008, *Banca Italiei verifică dacă capitalul băncilor nu este inadecvat, evaluează planurile lor pentru stabilizare şi întărire şi politicile privind dividendele adoptate de către aceste instituţii;*
- în cazul stipulat de art. 12 din Legea nr. 2/2009, *Banca Italiei evaluează: adecvarea capitalului şi profilul de risc al băncilor solicitante, caracteristicile instrumentelor financiare şi dacă ele pot fi luate în calcul în capitalul de supraveghere, răscumpărarea instrumentelor financiare pentru a se verifica că nu pun în pericol situata financiară şi solvabilitatea băncilor.* Banca Italiei mai furnizează şi informaţii Ministerului Economiei şi Finanţelor cu privire la performanţa finanţării realizată pe baza regională de către băncile solicitante.

6. Se pune problema: Sunt aceste prerogative în armonie cu obiectivele supravegherii bancare?

Art. 5 din Legea bancară italiană stipulează că „autorităţile de credit vor exercita prerogativa de supraveghere conferită lor (...) luând în considerare gestionarea sănătoasă şi prudentă a persoanelor obiect al supravegherii, stabilitatea generală, eficientă şi competitivitatea sistemului financiar şi conformitatea cu prevederile referitoare la credit".

Prerogativele conferite de art. 1 din Legea nr. 190/2008 ca şi cele stipulate de art. 12 din Legea nr. 2/2009 se referă la gestionarea sănătoasă şi prudentă a băncilor şi a grupurilor bancare şi, la un nivel mai general, la stabilitatea globală a sistemului financiar, cu o singură excepţie privind rolul de furnizor de informaţii către Minister.

În armonie cu scopul de a asigura stabilitatea generală a sistemului financiar se constituie şi prerogativa Băncii Italiei de a propune Ministrului Economiei şi Finanţelor adoptarea administrării speciale sau adoptarea lichidării administrative obligatorii în cazul unei crize profunde, incluzând o criza de lichiditate; acelaşi lucru este valabil şi pentru asistenţa de lichiditate de urgenţa furnizată de către Banca Italiei din motive microeconomice extraordinare.

Toate măsurile menţionate mai sus au ca scop încurajarea economisirii şi deci sunt armonizate cu art. 47 al Constituţiei italiene. Nu este de accea deloc surprinzător că art. 47 este menţionat în preambulele a două din trei Decrete-Legi privind criza financiară (art. 47 nu este menţionat in Decretul-lege nr. 185/2008, scopul acestuia nelimitându-se la bănci şi piaţa financiară)

Având scopul specific de a proteja deponenţii este şi regula stipulată de art. 4 par. 1 al Legii nr. 190/2008 împuternicind Ministerul Economiei şi Finanţelor să emită o garanţie de stat care să susţină schema italiană interbancară de asigurare a depozitelor - care furnizează acoperire de până la € 103.191,38, considerabil mai mult decât minima UE, recent mărită la € 50.000.

Fără îndoială, regula este armonizată cu art. 47 al Constituţiei italiene. Totuşi, însă, instituţiile beneficiare nu trebuie să fie avantajate în mod incorect şi să utilizeze necorespunzător statutul lor garantat.

Versiunea în limba română dr. Flavia Toader

Deposit Insurance schemes. The Spanish system of Deposit Guarantee Funds

Rosario PÉREZ-MORENO
Banco de España

Financial crisis in the world. The role of the regulation and prudential supervision of credit institutions

I. Deposit insurance schemes

A sound competitive banking system is essential to a country's economy. Banks play a pivotal role that contributes to economic growth. Banks also play a central role in a nation's payment and settlement systems, and it can be an important element in the conduct of monetary policy which works through financial institutions and markets to affect the economy.

Given this important role played by banks, safety-net arrangements are frequently provided by governments for the public policy purposes of promoting economic growth and financial stability.

This safety-net generally includes public regulation and prudential supervision of credit institutions; access to a lender of last resort, and, over the last decades another element has arising: the deposit insurance schemes.

Deposit insurance is defined as a limited but formal scheme that explicitly provides a legally enforceable guarantee of the principal (and usually also the interest on) of a deposit. The guarantee is typically mutually funded by banks based either on ex-ante contributions or on ex-post assessments and it may be backed by the government.

In most countries deposit insurance is required by the government and paid for by banks (and, ultimately, their customers), which contribute a small slice of their assets to a central, usually government-run, insurance fund. If a bank defaults, this fund guarantees its customers' deposits, at least up to a certain amount. By reassuring banks' customers that their cash is protected, deposit insurance aims to prevent them from panicking and causing a bank run, and thereby reduces systemic risk.

The downside of deposit insurance is that it creates a moral hazard. Depositors should have sufficient knowledge and information to know the financial condition of the banks which with they deal. Based on that information it is surmised that they should be in a position to act on that information and move their funds before a failure occurs. By insulating depositors from defaults, deposit insurance reduces their incentive to monitor banks closely. Also banks can take greater risks, feeling safe in the knowledge that there is a state-financed safety net to catch them if they fall.

In order to avoid these disadvantages deposit insurance must be part of a carefully planned safety net for the financial system as a whole, that establishes an appropriate

BANK OF SPAIN CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Scheme de asigurare a depozitelor. Sistemul spaniol al Fondurilor de Garantare a Depozitelor

Rosario PÉREZ-MORENO
Banco de España

Criza financiară în lume. Rolul reglementării şi supravegherii prudenţiale a instituţiilor de credit

I. Scheme de asigurare a depozitelor

Un sistem bancar sănătos este esenţial pentru economia unei ţări. În acest sens, băncile joacă un rol determinant care contribuie la creşterea economică. Băncile mai joacă un rol important şi în sistemele de plată şi decontare ale unei naţiuni, putând de asemenea să fie un element semnificativ în conduita politicii monetare care operează prin instituţiile şi pieţele financiare, cu scopul de a afecta economia.

Dată fiind importanţa rolului jucat de către bănci, în mod frecvent, guvernele furnizează aranjamente de plase de siguranţă în scopul politicilor publice de promovare a creşterii economice şi stabilităţii financiare.

În general, aceste plase de siguranţă includ reglementarea de către stat şi supravegherea prudenţială a instituţiilor de credit, accesul la un creditor de ultimă instanţă; în ultimele decenii însă a apărut şi un element nou: schemele de asigurare a depozitelor.

Asigurarea depozitelor este definită ca fiind o schemă limitată, însă formală, care furnizează în mod explicit o garanţie utilizabilă în mod legal pentru principalul (şi, de obicei, şi pentru dobânda) unui depozit. În mod obişnuit, garanţia este finanţată mutual de către bănci fie pe baza contribuţiilor *ex-ante,* fie a evaluărilor *ex-post* putând fi susţinută şi de către guvern.

În majoritatea ţărilor, asigurarea depozitelor este cerută de către guvern şi plătită de către bănci (şi, în ultimă instanţă, de către clienţii lor), care contribuie cu o mică parte a activelor lor la un fond de asigurare central, de obicei administrat de către guvern. Dacă o bancă intră în incapacitate de plată, acest fond garantează depozitele clienţilor, cel puţin până la un anumit plafon. Asigurând clienţii băncilor că numerarul lor este protejat, asigurarea depozitelor are ca scop să îi împiedice să intre în panică şi să ia cu asalt băncile, prin aceasta reducându-se riscul sistemic.

Partea negativă a asigurării depozitelor este aceea că se crează hazard moral. Deponenţii trebuie să aibă suficiente cunoştinţe şi informaţii pentru a şti despre situaţia financiară a băncilor cu care au de-a face. Pe baza acestor informaţii, se presupune că ei trebuie să poată acţiona şi să îşi transfere fondurile înainte ca să apară falimentul instituţiilor financiare. Izolând deponenţii de incapacitatea de plată, asigurarea depozitelor le reduce stimulentele de a monitoriza îndeaproape băncile. De asemenea, băncile îşi pot asuma un risc mai ridicat, simţindu-se în siguranţă, ştiind că există o plasă de siguranţă a statului care să le prindă dacă se prăbuşesc.

incentive structure to improve good internal governance, constructive market discipline and effective regulation and supervision.

Consequently, to implement a deposit insurance scheme it is essential to define and state its goals and structures which must be compatibles and capable of performing its tasks without creating excessive risks in the financial system or itself failing.

Which should be the appropriate objectives for deposit insurance?

The IMF working paper *Deposit management and Crisis Management* (WP/00/57) set a list of the main objectives to take into account in designing a deposit insurance scheme, as follows:

- Providing consumer protection for small depositors by providing a mechanism for the immediate pay-out of the insured portion of their deposits
- Enhancing public confidence and systemic stability by establishing a framework for the resolution of failed banks that deals with individual bank failures and so prevent them from spreading
- Increasing savings and encouraging economic growth
- Enabling small and new banks to compete with large and/or state-owned banks
- Defining the boundaries to the government's exposures to loss when a bank or a group of banks fail in normal times
- Requiring banks to contribute to the resolution of failed peers.

In sum, protecting small depositors and strengthening the incentive structure should be the principal reasons for adopting a deposit guarantee scheme.

II. The Spanish system of Deposit Guarantee Funds

The Spanish system for guaranteeing deposits held by credit institutions consist of three Deposit guarantee Funds:

- Deposit Guarantee Fund for banks
- Deposit Guarantee Fund for savings banks
- Deposit Guarantee Fund for credit cooperative banks

These three institutions operate under private law and they perform a double function: (i) guaranteeing money deposits and, under certain circumstances, (ii) providing assistance to reinforce the solvency and improve the functioning of credit institutions in a difficult situation.

The deposit insurance system is intended to insure depositors the recovery of their deposits held in credit institutions up to the established limit. It also has the purpose of carrying out actions to reinforce the solvency of credit institutions in a difficult situation.

The current regulation of deposit guarantee is established by the Royal Decree 2606/1996 which implemented European Directive 94/19/CE on deposit guarantee schemes.

1. Funds Government

The Deposit Guarantee Funds for banks, savings banks and credit cooperative banks are governed and administered by a Management Committee comprising eight members appointed by the Minister of the Economy, four of which represent the Banco de España and four of which represent the credit institutions.

ROMA TRE UNIVERSITY LIBRARY

Pentru a evita aceste dezavantaje, asigurarea depozitelor trebuie să fie o parte a unei plase de siguranţă planificată cu grijă pentru întreg sistemul financiar, care să creeze o structură a stimulentelor potrivită pentru a îmbunătăţi guvernanţa internă, disciplina constructivă a pieţei şi o reglementare şi supraveghere eficace.

În consecinţă, pentru a implementa o schemă de asigurare a depozitelor, este esenţial să se definească şi să se declare scopurile şi structurile sale care trebuie să fie compatibile şi capabile de a-şi îndeplini sarcinile fără a genera riscuri excesive în sistemul financiar sau fără ca schema însăşi să dea faliment.

Care ar trebui să fie obiectivele corespunzătoare pentru asigurarea depozitelor?

Lucrarea FMI *Administrarea depozitelor şi gestionarea crizelor* (Deposit Management and Crisis Management – WP/00/57) stabileşte o listă a principalelor obiective care trebuie luate în considerare la proiectarea unei scheme de asigurare a depozitelor, după cum urmează:

- Furnizarea de protecţie consumatorilor în cazul micilor deponenţi, prin furnizarea unui mecanism pentru plată imediată a părţii asigurate din depozitele lor;
- Creşterea încrederii publicului şi a stabilităţii sistemice prin stabilirea unui cadru de rezoluţie pentru băncile falimentare care să trateze falimentele băncilor la nivel individual şi să prevină extinderea falimentelor;
- Creşterea economiilor entităţilor şi încurajarea creşterii economice;
- Să se permită băncilor mici şi noi să concureze cu bănci mari şi/sau de stat;
- Să se definească graniţele expunerilor guvernelor la pierderi atunci când o bancă sau un grup de bănci dă faliment, în vremuri normale;
- Să se ceară băncilor să contribuie la rezoluţiile băncilor comparabile ca dimensiune cu ele şi care sunt falimentare.

Rezumând, protecţia micilor deponenţi şi întărirea structurii stimulentelor ar trebui să fie motivele principale pentru adoptarea unei scheme de asigurare a depozitelor.

II. Sistemul spaniol al Fondurilor de Garantare a Depozitelor

În Spania, sistemul de garantare a depozitelor deţinut de către instituţiile de credit constă din trei Fonduri de Garantare a Depozitelor:

- Fondul de Garantare a Depozitelor pentru bănci
- Fondul de Garantare a Depozitelor pentru băncile de economii
- Fondul de Garantare a Depozitelor pentru băncile de credit de tip cooperatist.

Aceste trei instituţii operează sub dreptul privat şi au o dublă funcţie: (I) garantează depozitele monetare şi, în anumite circumstanţe, (II) oferă asistenţă pentru a întări solvabilitatea şi a îmbunătăţi funcţionarea instituţiilor de credit aflate într-o situaţie dificilă.

Sistemul de asigurare a depozitelor intenţionează să asigure deponenţii cu privire la recuperarea depozitelor lor deţinute la instituţiile de credit până la limita stabilită. Acesta mai are şi scopul de a îndeplini acţiuni pentru a întări solvabilitatea instituţiilor de credit aflate într-o situaţie dificilă.

Reglementarea curentă a garantării depozitelor este stabilită prin Decretul Regal nr. 2606/1996 care implementează Directiva Europeană nr. 94/19/CE cu privire la schemele de garantare a depozitelor.

Deputy Governor of the Banco de España is chairman of the management committee of each Fund.

The duration of the term of office of the members is of four years, and it may be renewable. The mandate of the Deputy Governor of the Banco de España lasts as long as he remains in the role.

Management Committee agreements are adopted by majority vote by the members. In the event of a hung vote the Chairman has the casting vote.

However, a two-thirds majority will be required in the following cases:

- to agree the request of extraordinary contributions from the credit institutions
- when adopting measures contained in an Action Plan, financing does not require a contribution from the Banco de España

2. Membership

Which institutions are covered by Deposit Guarantee Funds?

All Spanish banks, savings banks and cooperative credit banks are legally obliged to be member of their respective Deposit Guarantee Fund.

Branches of banking institutions authorized in countries outside the European Union are legally obliged to join the Fund when the deposits held in Spain are not covered by an insurance system in the home country or to cover the difference in level of scope, when the insurance system in the home country gives less cover than the Spanish Fund. In other case, when the deposits are covered in the home country, membership is not compulsory.

Every year a list of the member institutions of each Fund is published on the Official Gazette.

3. Assets of the Funds

The Spanish deposit insurance scheme has been designed as an ex-ante system. In order to fulfil its purposes, the funds have their own equity which is provided by the annual premiums from the member credit institutions.

Annual contributions have been set by Spanish law in 2 per 1000 of the deposits held at the end of the financial year which benefit the guarantee.

When the Fund's equity is considered sufficient to meet its needs, the Minister of the Economy is authorized to reduce the annual premiums. Contributions may be suspended when the Fund's equity reaches the 1 per 100 of the calculation base of the contributions of the member institutions as a whole.

Under certain circumstances defined by law, the Management Committees may agree on extraordinary contributions from the banks and the Banco de España may also make exceptionally contributions of an amount set by law.

4. Coverage

What financial instruments are covered by Deposit Guarantee Funds?

Deposit guarantee systems must provide sufficient coverage to prevent bank runs, but no so extensive as to eliminate all effective market discipline. Deposit insurance systems vary widely in the amounts and types of coverage provided.

ROMANIAN CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

1. Conducerea Fondurilor

Fondurile de Garantare a Depozitelor pentru bănci, băncile de economii şi băncile de credit de tip cooperatist sunt conduse şi administrate de către un Comitet de Conducere care cuprinde opt membrii numiţi de către Ministrul Economiei, patru din ei reprezentând Banca Spaniei şi ceilalţi patru reprezentând instituţiile de credit.

Vice-Guvernatorul Băncii Spaniei este preşedintele comitetului de conducere al fiecărui Fond.

Durata mandatului membrilor este de patru ani, iar acesta se poate reînnoi. Mandatul Vice-Guvernatorului Băncii Spaniei durează atât timp cât acesta îşi păstrează funcţia în banca centrală.

Comitetul de Conducere îşi dă acordul pe diverse probleme prin votul majoritar al membrilor săi. În cazul unui vot egal, Preşedintele are votul decisiv.

Totuşi însă, este nevoie de o majoritate de două treimi în următoarele cazuri:

- Pentru a cădea de acord asupra cererii de contribuţii extraordinare ale instituţiilor de credit;
- La adoptarea măsurilor incluse într-un Plan de Acţiune, iar finanţarea nu necesită o contribuţie a Băncii Spaniei.

2. Membrii

Ce instituţii sunt acoperite de către Fondurile de Garantare a Depozitelor?

Toate băncile spaniole, plus cele de economii şi băncile de credit de tip cooperatist sunt obligate prin lege să fie membre ale respectivelor Fonduri de Garantare a Depozitelor.

Sucursalele instituţiilor bancare autorizate în ţările din afara Uniunii Europene sunt obligate prin lege să adere şi ele la un Fond atunci când depozitele deţinute în Spania nu sunt acoperite de un sistem de asigurare în ţara de origine sau să acopere diferenţa nivelului asigurării, atunci când sistemul de asigurare în ţara de origine acoperă mai puţin decât Fondul din Spania. În alte cazuri, respectiv atunci când depozitele sunt acoperite în ţara de origine, statutul de membru nu este obligatoriu.

O listă a instituţiilor membre ale fiecărui Fond se publica în Monitorul Oficial, în fiecare an.

3. Activele Fondurilor

Schema din Spania a asigurării depozitelor a fost proiectată ca un sistem *ex-ante*. Cu scopul de a-şi îndeplini obiectivele, fondurile au capitaluri proprii care se obţin din primele anuale colectate de la instituţiile de credit membre.

Contribuţiile anuale au fost stabilite prin legea spaniolă ca fiind 2 la mie din depozitele deţinute la sfârşitul anului financiar, respectiv din depozitele care beneficiază de garanţie.

Atunci când fondurile proprii ale Fondului sunt considerate suficiente pentru a-i satisface nevoile, Ministrul Economiei este autorizat să reducă primele anuale. Contribuţiile pot fi suspendate atunci când fondurile proprii ale Fondului ating 1 la 100 din baza de calcul a contribuţiilor instituţiilor membre ca un întreg.

În anumite condiţii definite de lege, Comitetul de Conducere poate fi de acord cu contribuţii extraordinare din partea băncilor iar Banca Spaniei poate de asemenea să facă contribuţii excepţionale printr-o sumă stabilită prin lege.

4. Acoperirea

Ce instrumente financiare sunt acoperite de către Fondurile de Garantare a Depozitelor?

According the Spanish regulation credit balances on account, including those arising transitorily as a result of movements of funds and nominative deposits that the institution is obliged to restore under the applicable legal and contractual conditions shall be considered guaranteed deposits, whatever the currency in which they are denominated, provided that they are constituted in Spain or in another Member State of the European Union.

The monetary amount guaranteed is limited up to a maximum of 100.000 Euros per depositor in each credit institution.

This amount used to be of 20.000 Euros and was increased to 100.000 Euros by the Spanish Government in October 2008, in order to maintain depositors' confidence and stability on financial markets considering the ongoing financial turmoil.

Recently Directive 2009/14/EC of the European Parliament and of the Council has amended Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes increasing the minimum coverage level to 50.000 Euros. Besides it is provided that by December 2010 coverage should be set at 100.000 euros, unless a Commission impact assessment, submitted to the European Parliament and the Council by 31 December 2009, concludes that such an increase and such harmonisation are inappropriate and are no financially viable for all Member States in order to insure consumer protection and financial stability in the Community and to avoid distortions of competition between Member States.

The beneficiaries of the guarantee are depositors, whether they are legal or natural persons. The guarantee is applied to each depositor, regardless of whether a depositor has several deposits or a deposit has several holders.

When an account is held by more than one person, the sum shall be divided between the holders according to the terms of the contract of deposit, or in equal parts otherwise. Each holder is covered up to the maximum limit.

Holders of credit balances not covered by the guarantee will continue to have the status of ordinary creditors of the credit institution.

Deposits not guaranteed

Many systems exclude deposits held by those who are deemed capable of ascertaining the financial condition of a bank and exercising market discipline.

The following deposits are not guaranteed in the Spanish system:

- Deposits made by other financial institutions on their own behalf and in their own name and those made by other entities and financial institutions, among others:
- Stock market companies and agencies
- Insurance companies
- Security investment companies
- Collective investment companies, pension fund management companies, and companies dealing in security funds, venture capital and deposits for the institutions they manage.
- Portfolio management companies

BCU LASI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Sistemele de garantare a depozitelor trebuie să furnizeze o acoperire suficientă pentru a împiedica asaltul deponenţilor asupra băncilor însa nu atât de extinsă încât să elimine toată disciplina eficace din piaţă. Sistemele de asigurare a depozitelor variază foarte mult în ceea ce priveşte sumele şi tipurile de acoperire oferite.

Conform legislaţiei din Spania, soldurile creditoare ale conturilor – inclusiv cele care apar tranzitoriu ca rezultat al mişcărilor fondurilor şi depozitele nominative pe care instituţia este obligată să le restaureze conform condiţiilor juridice şi contractuale aplicabile, vor fi considerate depozite garantate, indiferent de moneda în care sunt denominate, cu condiţia ca ele să fie constituite în Spania sau într-un alt stat membru al UE.

Suma de bani garantată este limitată până la maxim 100.000 de euro pe deponent în fiecare instituţie de credit.

În trecut, această sumă era de 20.000 de euro, fiind ulterior mărită la 100.000 de euro de către Guvernul din Spania în octombrie 2008, cu scopul de a menţine încrederea deponenţilor şi stabilitatea pieţelor financiare, luând în considerare şi permanentele turbulenţe din pieţele financiare.

Recent, Directiva nr. 2009/14/EC a Parlamentului şi Consiliului European a modificat Directiva nr. 94/19/EC privind schemele de garantare a depozitelor, majorând nivelul minim de acoperire la 50.000 de euro. Pe lângă aceasta, se stipulează ca până în decembrie 2010, acoperirea să ajungă la 100.000 de euro, doar dacă nu cumva impactul evaluării Comisiei, transmisă Parlamentului şi Consiliului European până la 31 decembrie 2009, să concluzioneze că o astfel de majorare şi o astfel de armonizare nu sunt potrivite şi nu sunt financiar viabile pentru toate statele membre, cu scopul de a asigura protecţia consumatorilor şi stabilitatea financiară în Comunitatea Europeana şi a se evita distorsiuni ale concurenţei între statele membre.

Beneficiarii garanţiei sunt deponenţii, fie că sunt persoane fizice ori juridice. Garanţia se aplică fiecărui deponent, indiferent dacă deponentul are mai multe depozite sau un depozit are mai mulţi deţinători.

Atunci când un cont este deţinut de mai mult de o persoană, suma se va împărţi între deţinători, conform termenilor contractului de depozit, sau în părţi egale dacă este cazul. Fiecare deţinător este acoperit până la limita maximă.

Deţinătorii de solduri creditoare care nu sunt acoperiţi de garanţie vor continua să aibă statutul de creditori obişnuiţi ai instituţiei de credit.

Depozitele care nu sunt garantate

Multe sisteme exclud depozitele deţinute de cei care sunt consideraţi a fi capabili să evalueze poziţia financiară a unei bănci şi să exercite disciplina de piaţă.

Următoarele depozite nu sunt garantate în sistemul spaniol:

- Depozitele constituite de alte instituţii financiare în nume propriu şi pe numele lor ca şi cele constituite de alte entităţi şi instituţii financiare, printre care menţionăm:
- Companiile şi agenţiile de valori mobiliare;
- Companiile de asigurări;
- Companiile de investiţii financiare;

- Venture capital companies and their management committee
- Institutions whose main activity is the ownership of share or holdings
- Any financial institution submitted to prudential supervision
- Securities representing debt issues by the credit institution, including promissory notes and negotiable securities.
- The bearer deposit certificates, temporary assignment of assets and financing with a subordination clause
- Deposits constituted by Public Administrations
- Deposit constituted by companies belonging to the same financial group as the credit institution in which deposits are placed
- Deposits constituted by those who hold administrative or management offices in the institution giving rise to the need for action by the Fund, or by persons holding an significant share of the assets of the institutions, the auditor responsible for the audits reports, etc.

5. Payment and its effects

When an insured institution fails, the Fund must provide the depositors with ready access to insured funds so that stability and confidence in the banking system is maintained. A basic function of all deposit guarantee systems is to reimburse depositors promptly for the losses they otherwise would suffer.

The Spanish Law provides that Deposit Guarantee Funds will pay deposit holders the guaranteed amounts of their deposits when any of the following circumstances arise:

- The credit institution is declared bankrupt
- A court order is issued requiring the institution be placed in temporary receivership
- Central Bank determines that, for reasons arising directly out of the bank's financial situation, it is unable to repay the deposits and it does not seem likely to be able to do so in the immediate future.

The Fund, after checking the relevant issues, will proceed to pay the guaranteed amount within three months of the date upon any of the circumstances described in the foregoing paragraph arises. This period may be extended to nine months as a result of exceptional circumstances and with the authorization of the Banco de España.

Directive 2009/14 has reduced the payout delay of three months to a period of 20 working days. Member States shall bring into force this provision by 30 June 2009.

By paying the guaranteed amounts, the Fund assumes the rights of the depositors up to an amount equal to the guarantee paid.

6. Other actions of Spanish Deposit Guarantee Funds

In Spain, Deposit Guarantee Funds have traditionally been characterised by the double purpose of insuring deposits and reorganizing and restructuring financial institutions which are in difficulties. The current regulation has maintained both principles.

This second purpose of the Spanish Funds is to insure the stability of the financial system, avoiding financial situation of an ailing credit institution affecting the rest of the institutions operating in the market. In these situations an *Action Plan* can be adopted, which may include

POLYTECHNIC UNIVERSITY LIBRARY

- Companiile de investiţii colective, companiile care administrează fondurile de pensii, ca şi companiile care se ocupă de fonduri mutuale şi de capital de risc dar şi depozitele instituţiilor pe care le administrează;
- Companiile care gestionează portofolii;
- Companiile de capital de risc şi comitetele lor de administrare;
- Instituţiile a căror principală activitate este deţinerea de acţiuni sau alte deţineri similare;
- Orice instituţie financiară supusă supravegherii prudenţiale.
- Titlurile de valoare reprezentând emisiuni de instrumente de îndatorare emise de către instituţii de credit, inclusiv biletele la ordin şi alte titluri negociabile;
- Certificatele de depozit la purtător, cesiunea temporară de active şi finanţarea cu o clauză de subordonare;
- Depozitele constituite de către Administraţiile Publice;
- Depozitele constituite de către companii care aparţin aceluiaşi grup financiar ca şi instituţia de credit în care sunt plasate depozitele;
- Depozitele constituite de cei care deţin poziţii administrative sau de conducere în instituţia care generează nevoia de acţiune din partea Fondului, ori de către persoane care deţin o parte semnificativă a activelor instituţiei, auditorul responsabil de rapoartele de audit etc.

5. Plăţile şi efectele lor

Când o instituţie asigurată cade, Fondul trebuie să furnizeze deponenţilor acces imediat la fondurile asigurate astfel încât stabilitatea şi încrederea în sistemul bancar să fie menţinuta. O funcţie de bază a tuturor sistemelor de garantare a depozitelor este aceea de a da îndărăt banii deponenţilor rapid, considerând pierderile pe care le-ar suferi în caz contrar.

Legea spaniolă stipulează ca Fondurile de Garantare a Depozitelor să plătească deţinătorilor de depozite sumele garantate din depozitele lor atunci când apare una din următoarele circumstanţe:

- instituţia de credit este declarată falimentară;
- se emite un ordin judecătoresc care cere ca instituţia să fie pusă sub administraţie judiciară;
- Banca Centrală hotărăşte că, din motive care sunt direct generate de situaţia financiară a băncii, aceasta este incapabilă să ramburseze depozitele şi nu pare probabil să fie capabilă să facă acest lucru nici în viitorul apropiat.

Fondul, după ce verifică problemele relevante, va trece la plata sumei garantate în decurs de trei luni de la data de la care apare una din circumstanţele descrise în paragraful anterior. Această perioadă poate fi extinsă la nouă luni ca rezultat al unor circumstanţe excepţionale şi cu autorizare de la Banca Spaniei.

Directiva nr. 2009/14 a redus perioada până se efectuează plata de la trei luni la o perioadă de 20 de zile lucrătoare. Statele membre vor aplica această prevedere începând cel târziu cu 30 iunie 2009.

Prin plata sumelor garantate, Fondul presupune existenţa drepturilor deponenţilor până la o suma egală cu garanţia plătită.

COPYRIGHT UNIVERSITY LIBRARY

both preventive measures and measures for the reorganization of the institution with a view to improve its viability and enabling it to overcome the crisis.

These measures may entail a range of actions intended to restructure the institution's assets, in particular subscription of capital increases by the Fund, and various types of financial assistance and management measures. The Action Plan shall be agreed by the institution and approved by the Banco de España.

When adopting such measures the Funds have to assess their estimated economic cost, in comparison to that of the full payment of the guarantee in the event of insolvency.

The action plan of the institution in crisis, provided it has the support of a Deposit Guarantee Fund, may include the following actions:

a) Financial aid, which may consist of subsidies, granting of guarantees, loans under favourable conditions, subordinate financing, acquisition for the fund of damaged or unprofitable assets that appear on the institution's balance sheet, together with any other types of financial support.

b) Restructuring of the institution's assets, which may entail, among other measures, the appropriate application of the institution's own resources in order to absorb its losses, in the light of the particular circumstances of each case; facilitating a process of merger with, or take-over by another institution of recognised solvency or the transfer of its business to another credit institution; subscription of capital increases by the Banking Institution Fund, and adoption by the relevant bodies of the institution concerned of all such resolutions as guarantee the appropriate application of the support given by the relevant Deposit Guarantee Fund.

c) Management measures to improve the organization, procedural systems and internal control of the institution.

The Spanish regulation delimits the functions of the Banco de España and the Management Committees of the Funds in relation to the approval of the action plan, and in relation to the approval of the adoption of executive measures and specific steps for restructuring. This regulation seeks to remove overlapping competencies and to systematize the public and private actions intended to overcome financial crisis affecting credit institutions.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

6. Alte acţiuni ale Fondurilor spaniole de Garantare a Depozitelor

În Spania, Fondurile de Garantare a Depozitelor au fost de obicei caracterizate de scopuri duble, respectiv: de a asigura depozitele şi a reorganiza şi restructura instituţiile financiare aflate în dificultate. Reglementările curente au menţinut ambele principii.

Al doilea scop al Fondurilor din Spania este să asigure stabilitatea sistemului financiar, evitând ca situaţia financiară a unei instituţii de credit cu probleme să afecteze restul instituţiilor care operează în piaţă. În aceste situaţii, se poate adopta un *Plan de Acţiune* care să includă atât măsuri preventive cât şi măsuri pentru reorganizarea unei instituţii cu scopul de a îmbunătăţi viabilitatea acesteia şi a-i permite să depăşească perioada de criză.

Aceste măsuri pot cuprinde o gamă de acţiuni care au ca scop restructurarea activelor instituţiei, mai ales subscrierea de majorări de capital de către Fond, dar şi diferite tipuri de asistenţă financiară ca şi măsuri de management. Acest Plan de Acţiune va fi convenit de către instituţie şi aprobat de către Banca Spaniei.

Atunci când adoptă astfel de măsuri, Fondurile trebuie să le evalueze costul economic estimat, în comparaţie cu cel al plăţii integrale a garanţiei în cazul insolvenţei.

Planul de acţiune al instituţiei aflate în criză, dacă are şi suportul unui Fond de Garantare a Depozitelor, poate include următoarele acţiuni:

a) Ajutorul financiar, care poate consta din subvenţii, acordarea de garanţii, împrumuturi în condiţii avantajoase, finanţare subordonată, achiziţia de către Fond a activelor aducătoare de pagube sau a celor neprofitabile care apar în bilanţul instituţiei, împreună cu orice alte tipuri de suport financiar.

b) Restructurarea activelor instituţiei, care poate include, între alte masuri, utilizarea corespunzătoare a resurselor proprii ale instituţiei cu scopul de a absorbi pierderile, în lumina unor circumstanţe anumite pentru fiecare caz în parte; facilitarea unei fuziuni cu, sau a unei preluări de către o altă instituţie care este recunoscută ca fiind solvabilă sau transferul afacerilor sale către o altă instituţie de credit; subscrierea de majorări de capital de către Fondul Instituţiilor Bancare şi adoptarea de către organismele relevante pentru instituţia în cauză a tuturor rezoluţiilor, ca o garanţie a aplicării corecte a suportului dat de către Fondul de Garantare a Depozitelor relevant.

c) Măsuri de management pentru a îmbunătăţi organizarea, sistemele procedurale şi controlul intern al instituţiei.

Reglementarea din Spania delimitează funcţiile Băncii Spaniei şi a Comitetelor de Conducere ale Fondurilor, în legătură cu aprobarea planului de acţiune, dar şi în legătură cu aprobarea adoptării măsurilor executive şi a paşilor specifici pentru restructurare. Această reglementare căuta să înlăture competenţele care se suprapun şi să sistematizeze acţiunile publice şi private a căror intenţie este să depăşească criza financiară care afectează instituţiile de credit.

Versiunea în limba română dr. Flavia Toader

The Financial Crisis – Germany's Regulatory Reaction

Rainer KULMS
Priv.-Doz., Dr. iur., LL.M., Senior Research Fellow,
Max Planck Institute for Comparative and International Private Law,
Hamburg, Germany

1. The Financial Crisis in a German Context
2. The Regulatory System Prior to the Crisis
   a) Surveillance by the Bundesbank
   b) Regulatory Shortcomings of the Law on Banking Supervision
   c) Protecting Depositors
   d) Insolvency Law Aspects
3. Statutory Emergency Reactions
   a) Basic Structure of the 2008 Act on Financial Market Stabilisation
   b) Financial Market Stabilisation – Operative on 27 October 2008
   c) The April 2009 Law on the Further Stabilisation of the Financial Markets
4. Compatibility with European Community Law
   a) Monetary Policy Issues
   b) State Aids
5. Bad Banks
6. Outlook

1. The Financial Crisis in a German Context

Post-World War II German banking has relied on a three *pillar* system[1]. There are important private banks (with international business) which have played a crucial role in turning Germany into the corporatist economy it has been for many years. Public banks (state-owned) have traditionally channelled liquidity into the regions. These banks (*Landesbanken*) are usually owned by one or more German states (*Länder*) or a combination of local public institutions and local savings banks. In many states the local savings banks hold a significant participation in the regional *Landesbank*. Local savings banks have been established under a public charter and are close to local authorities. The third pillar of the German banking system consists of cooperatives, smaller banks supplying farmers, doctors or apothecaries with fresh money.

[1] Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung – Finanzmarktstabilisierungsanstalt (SoFFin), Website, Struktur des deutschen Finanzwesens (Structure of the German Banking and Finance Sector) (http://www.soffin.de/finanzmarkt.php?sub= 6)

BOCCONI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Criza financiară – Reacția Organismului de Reglementare German

Rainer KULMS
Priv.-Doz., Dr. iur., LL.M., Senior Research Fellow,
Max Planck Institute for Comparative and International Private Law,
Hamburg, Germany

1. Criza financiară în context german
2. Sistemul de reglementare înaintea crizei
   a) Supravegherea de către Bundesbank
   b) Deficiențe de reglementare ale legislației privind supravegherea bancară
   c) Protecția deponenților
   d) Aspecte ale Legii insolvenței
3. Reacții juridice de urgență
   a) Structura de bază a Legii din 2008 privind stabilizarea piețelor financiare
   b) Stabilizarea piețelor financiare – Operativa din 27 octombrie 2008
   c) Legea din aprilie 2009 privind stabilizarea suplimentară a piețelor financiare
4. Compatibilitatea cu legislația comunitară europeană
   a) Probleme de politică monetară
   b) Ajutoarele de stat
5. Băncile cu probleme
6. Perspective

1. Criza financiară în context german

Sectorul bancar german de după cel de-al Doilea Război Mondial s-a bazat pe un sistem cu trei piloni[1]. De mulți ani deja, există bănci private importante (cu afaceri internaționale) care au jucat și joacă un rol major în transformarea Germaniei într-o economie corporatistă. Băncile din sectorul public (deținute de stat) au canalizat în mod tradițional lichiditatea în regiunile Germaniei numite landuri. Aceste bănci (*Landesbanken*) sunt de obicei deținute de unul sau mai multe landuri germane (*Länder*) ori de o combinație de instituții locale publice și bănci locale de economii. În multe landuri, băncile locale de economii dețin o participație semnificativă în *Landesbank* regionale. Băncile locale de economii au fost create sub o cartă publică iar instituțiile acestea sunt apropiate de autoritățile locale. Al treilea pilon al sistemului bancar german constă din bănci de tip cooperative, bănci mai mici care furnizează bani fermierilor, doctorilor sau farmaciștilor.

[1] Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung – Finanzmarktstabilisierungsanstalt (SoFFin), Website, Struktur des deutschen Finanzwesens (Structura Sectorului Financiar-Bancar German) (http://www.soffin.de/finanzmarkt.php?sub=6).

The repercussions of the US sub-prime crisis came to reach Germany in July/August 2007[2]. German state-owned and some private banks had invested in the US sub-prime market, making colossal losses which had to be written off. The major victims were IKB Mittelstandsbank, a subsidiary by the state-owned German Institute for Reconstruction (Kreditanstalt für Wiederaufbau), the *Landesbanken* of Saxony (Sachsen LB), North Rhine-Westphalia (West LB) and Bavaria (Bayern LB). A survey published by the International Monetary Fund in May 2008 discerns low profitability and excessive risk taking among some German banks, raising questions whether the *Landesbanken* had viable business models[3]. Public money was injected into some of these banks in order to save them from imminent insolvency. The Saxon *Landesbank* (SachsenLB) was sold as a going concern after the bad assets had been transferred to a special purpose vehicle created to hold these assets until maturity[4]. The former owner of the SachsenLB, the land of Saxony, had given a loss guarantee of 17 percent of the nominal value of the assets, which was thought to cover the absolute maximum loss of the assets. The purchaser, the *Landesbank* of the State of Baden-Württemberg, assumed the duty of refinancing and covered the remaining risk. The European Commission classifies the SachsenLB case as a soft form of an early bad bank exercise. A comparable strategy was used in the case of the WestLB. The risk shield afforded by the Land of North-Rhine Westphalia was approved by the European Commission under EC Treaty state aid rules[5]. The IKB Mittelstandsbank was placed in the hands of a foreign investor.

It is perhaps astonishing that the general public did not recognise the problems of the financially troubled *Landesbanken* as a stress test for the German regulatory system[6]. The specificities of public ownership and regional politicking concealed the fact that German law was ill-equipped to handle systemic risks of the financial system or catastrophic failures of systemic banks. In fact, when the financial crisis unfolded, there was an awareness problem. During the first months, policy-makers had readily assumed that public institutions would be able to assure a soft landing. Many markets seemed to be untouched[7]. When Lehman Brothers[8] went down-hill, the German electorate was assured that the shock waves of this event would

[2] See the statement published on the website of German Federal Ministry of Finance, *Entwicklung der Finanzmarktkrise* (http://www.bundesfinanzminsterium.de/nn_69226/DE/Buergerinnen_und_Buerger/Gesellschaft.html).

[3] IMF Survey Magazine Vol. 37 No. 5, May 2008, at p. 77 et seq., Moreover, the assessment demonstrates the critical exposure of German banks to conduits and special investment vehicles. The state-owned Sachsen-Finanzgruppe had an exposure of 1,126 percent over equity; the figures of the equally state-owned West LB are at 542 percent. See also the stinging assessment by EU Commissioner *Verheugen*: German banks, including the *Landesbanken* as *world champions in risky bank transactions*, quoted from: Handelsblatt on-line edition, 18 May 2009, *EU-Kommissar attackiert deutsche Banken*.

[4] European Commission, Communication from the Commission on the treatment of impaired assets in the Community banking sector (2009/C 72/01), OJ of 26 March 2009, C 72/14.

[5] European Commission Press Release, State aid: Commission approves aid package for German bank WestLB, Brussels, 12 May 2009 (IP/09/741); Welt-online, 7 October 2009, EU-Kommission genehmigt Milliarden für WestLB, http://www.welt.de/wirtschaft/article4764253/EU-Kommission-genehmigt-Milliarden-fuer-WestLB.html.

[6] Meanwhile, the rating agency Standard & Poor's has degraded the *Landesbanken*, see: Handelsblatt – Finanzzeitung, 7 May 2009, *S & P Düpiert Landesbanken*.

[7] European Economic Advisory Council at CESifo, The EEAG Report on the European Economy, Munich 200), p. 82 et seq.

[8] For a case study see: Financial Services Authority, *A regulatory response to the global banking crisis*, Discussion paper 09/2, London, March 2009, 59 et seq.

Repercusiunile crizei americane sub-prime au ajuns şi în Germania în iulie-august 2007[2]. Băncile germane de stat şi unele private investiseră în piaţa americană sub-prime, suportând, în consecinţă, pierderi uriaşe care au trebuit să fie prescrise. Victimele cele mai importante au fost IKB Mittelstandsbank, o subsidiară a Institutului de Stat pentru Reconstrucţie din Germania (Kreditanstalt für Wiederaufbau), *Landesbanken* din Saxonia (Sachsen LB), North Rhine-Westphalia (West LB) şi Bavaria (Bayern LB). O analiză publicată de către Fondul Monetar Internaţional în mai 2008 discernea o profitabilitate scăzută şi o asumare excesivă a riscului între unele bănci germane, ridicând întrebări dacă *Landesbanken* aveau de fapt modele viabile de afaceri[3]. S-au injectat bani publici în unele dintre aceste bănci, cu scopul de a le salva de la iminenta insolvenţă. Banca saxonă *Landesbank*(SachsenLB) a fost vândută conform principiul continuităţii operaţiunilor (*engl. going concern*), după ce activele sale cu probleme au fost transferate către o companie de tip vehicul cu scop special, înfiinţată special ca să păstreze aceste active până la scadenţă[4]. Fostul proprietar al lui SachsenLB, landul Saxonia, dăduse o garanţie de pierdere de 17% din valoarea nominală a activelor, ceea ce se considera că acoperă pierderea maximă absolută a activelor. Cumpărătorul, *Landesbank* din landul Baden-Württemberg, şi-a asumat datoria de a refinanţa şi a acoperi riscul rămas. Comisia Europeană a clasificat cazul SachsenLB ca fiind o formă uşoară a unui exerciţiu de bancă aflată în dificultate. O strategie comparabilă a fost utilizată şi în cazul băncii WestLB. Protecţia faţă de risc permisă de către landul North-Rhine Westphalia a fost aprobată de către Comisia Europeană conform regulilor privind ajutorul de stat din Tratatul CE[5]. IKB Mittelstandsbank a fost dată pe mâna investitorilor străini.

Este poate uluitor faptul că publicul larg nu a recunoscut problemele *Landesbanken,* aflată în dificultăţi financiare, ca fiind un test la stres pentru sistemul de reglementare german[6]. Specificităţile proprietăţii publice şi interesele politice regionale au ascuns faptul că legislaţia germană era prost echipată pentru a trata riscurile sistemice ale sistemului financiar sau falimentele catastrofale ale băncilor de importanţă sistemică. De fapt, atunci când a acţionat criza financiară, a existat o problemă de conştientizare a crizei. În primele luni, factorii de decizie politică au acceptat foarte uşor faptul că instituţiile publice vor fi capabile să asigure o aterizare lină (*engl. soft landing*). Multe pieţe păreau neatinse[7]. Pe când Lehman Brothers[8]

[2] Vezi declaraţia publicată pe website-ul Ministerului Federal German de Finanţe, „Entwicklung der Finanzmarktkrise". (http://www.bundesfinanzminsterium.de/nn_69226/DE/Buergerinnen_und_Buerger/Gesellschaft.html.).

[3] IMF Survey Magazine Vol. 37 No. 5 (mai 2008), p. 77 şi urm. Mai mult, evaluarea demonstrează expunerea critică a băncilor germane faţă de „conduits" (*nota trad. O metodă de a furniza bani prin credite printr-un instrument de îndatorare care îmbina caracteristici ale titlurilor ipotecare de tip „pass-through" şi o obligaţiune*) şi vehiculele speciale de investire. Instituţia de stat Sachsen-Finanzgruppe avea o expunere de 1.126% faţă de capitalurile proprii; cifrele instituţiei tot de stat West LB fiind de 542%. Vezi şi evaluarea comisarului UE *Verheugen*: Băncile germane, inclusiv *Landesbanken* sunt „campionii mondiali ai tranzacţiilor bancare riscante", citat din Handelsblatt on-line edition, „EU-Kommissar attackiert deutsche Banken", 18 mai 2009.

[4] Comisia Europeană, Communication from the Commission on the treatment of impaired assets in the Community banking sector (2009/C 72/01), OJ din 26 martie 2009, C 72/14.

[5] Comunicat de presă al Comunităţii Europene, State aid: Commission approves aid package for German bank WestLB, Brussels, 12 mai 2009 (IP/09/741); Welt-online, 7 octombrie 2009, EU-Kommission genehmigt Milliarden für WestLB http://www.welt.de/wirtschaft/article4764253/EU-Kommission-genehmigt-Milliarden-fuer-WestLB.html

[6] Între timp, agenţia de rating Standard & Poor's a revizuit în scădere Landesbanken, vezi Handelsblatt – Finanzzeitung, , *S & P düpiert Landesbanken*, 7 mai 2009.

[7] European Economic Advisory Council at CESifo, The EEAG Report on the European Economy, Munchen, 2009, p. 82 şi urm.

[8] Pentru un studiu de caz vezi: Financial Services Authority, *A regulatory response to the global banking crisis*, Discussion paper 09/2, London, martie 2009, p. 59 şi urm.

not travel across the Atlantic[9]. A week later, however, the major German real estate bank (Hypo Real Estate) was in deep trouble due to losses sustained from an Irish acquisition, the Depfa Bank which, in turn, had heavily invested in the US subprime market[10]. On October 5, 2008, the Federal German Government stepped in. A special purpose vehicle was created to lend money to Hypo Real Estate, supported by a Government guarantee of 50 bn Euros to save Hypo Real Estate from insolvency. The same day, the German Chancellor and the Federal Minister of Finance announced a public (and political) guarantee to all citizens having deposited fund in savings banks[11]. On October 12, 2008, the Summit of the Heads of State and Government of the Euro Area Countries issued a Declaration on a Concerted European Action Plan[12]. The European Union, Euro area governments, central banks and supervisors pledged to pursue a coordinated approach to:

- ensure liquidity, improve refinancing of banks and provide longer term funding;
- address funding problems of liquidity constrained solvent banks, by – inter alia – purchasing high quality assets or arranging swap deals with government securities, without creating market distortions;
- provide financial institutions with additional capital resources to ensure proper financing of the economy;
- recapitalise distressed banks; and
- provide for flexibility in the implementation of the accounting rules.

Since the October 2008 summit, the Member States of the European Union have implemented a massive array of national rescue measures[13]. Germany's crisis management has focused on state-owned banks and on solvency problems of private banks with systemic importance, belying previous reassurances by politicians and the banking community[14].

2. The Regulatory System Prior to the Crisis

Before the German Federal Government introduced emergency legislation, the statutory approach towards controlling financial institutions in the banking sector had consisted of three prongs: the law on banking supervision (*Kreditwesengesetz*), the Insolvency Act (*Insolvenzordnung*) and company law rules on legal capital, mergers and takeovers.

Under the law on banking supervision, both the German Bundesbank and the Federal Financial Supervisory Authority (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin) have

[9] See the statement of the German Federal Minister for Finance before the Bundestag on 25 September 2008: „(...) above all an American problem", quoted from *Süddeutsche Zeitung*, 7 July 2009, *Noch schlimmer als Lehman Brothers*.

[10] See the Hypo Real Estate Group, Interim Report as of 30 September 2008; and factual account in: Süddeutsche Zeitung, *Noch viel schlimmer als Lehman Brothers*, 7 July 2009.

[11] Handelsblatt on-line edition of 5 October 2008, *Regierung gibt Sparern Staatsgarantie*.

[12] For an English version of the summit declaration see the website of the Portuguese government at http://www.portugal.gov.pt/en/Documentos/Decla_Zona_Euro_12_10_08.pfd, or the press release of the full text, published at: http://www.reuters.com/article/usDollarRpt/idUSLC6791120081012

[13] For a survey see: Petrovic/Tutsch, *National Rescue Measures in Response to the Current Financial Crisis*, European Central Bank Legal Working Paper Series No. 8/July 2009.

[14] Cf. Annoff, *Verstaatlichung systemrelevanter Banken gut begründet*, Börsen-Zeitung, 29 April 2009.

se prăbuşea, electoratul german era asigurat că undele de şoc ale acestui eveniment nu vor traversa Atlanticul[9]. Totuşi însă, o săptămână mai târziu, o importantă bancă de creditare ipotecară germană (Hypo Real Estate) avea mari probleme datorită pierderilor suportate dintr-o achiziţie din Irlanda, respectiv Depfa Bank care, la rândul ei, investise masiv în piaţa sub-prime din SUA[10]. În 5 octombrie 2008, Guvernul Federal German a intervenit. S-a creat o companie de tip vehicul cu scop special, care să dea bani cu împrumut lui Hypo Real Estate, susţinută de o garanţie guvernamentală de 50 miliarde de euro, ca să salveze Hypo Real Estate de la insolvenţă. În aceeaşi zi, Cancelarul Germaniei şi Ministrul Federal de Finanţe au anunţat o garanţie publică (şi politică) pentru toţi cetăţenii care aveau depozite în băncile de economii[11]. În 12 octombrie 2008, Summit-ul şefilor de state şi guverne din ţările Zonei Euro a emis o Declaraţie cu privire la un Plan Concertat de Acţiune European (*engl. Concerted European Action Plan*)[12]. Uniunea Europeană, guvernele din Zona Euro, băncile centrale şi supraveghetorii, toţi s-au angajat să aibă o abordare coordonată pentru:

- a asigura lichiditate, a îmbunătăţi refinanţarea băncilor şi a furniza finanţare pe termen mai lung;
- a trata problemele de finanţare ale băncilor solvabile constrânse de probleme de lichiditate, prin – *inter alia* – achiziţia de active de foarte bună calitate sau prin aranjarea de tranzacţii swap cu titluri guvernamentale, fără a crea distorsiuni în piaţă;
- a furniza instituţiilor financiare resurse suplimentare de capital pentru a asigura finanţarea corespunzătoare a economiei;
- a recapitaliza băncile cu probleme; şi
- a furniza flexibilitate în implementarea regulilor contabile.

De la summit-ul din octombrie 2008, statele membre ale Uniunii Europene au implementat o gamă largă de măsuri naţionale de salvare[13]. Managementul german al crizei s-a concentrat pe băncile deţinute de stat şi pe problemele de solvabilitate ale băncilor private de importanţă sistemică, bazându-se pe reasigurările anterioare ale politicienilor şi ale comunităţii bancare[14].

2. Sistemul de reglementare înaintea crizei

Înainte ca Guvernul Federal German să introducă legislaţia pentru situaţii de urgenţă, abordarea juridică privind controlul instituţiilor financiare din sectorul bancar consta în principal din trei piloni: legislaţia privind supravegherea bancară (*Kreditwesengesetz*), Legea insolvenţei (*Insolvenzordnung*) şi regulile din legislaţia privind societăţile comerciale cu privire la capitalul legal, fuziuni şi achiziţii.

[9] Vezi declaraţia ministrului federal german de finanţe în faţa Bundestag-ului din 25 septembrie 2008: „(...) mai presus de orice o problemă americană", citat din Süddeutsche Zeitung, *Noch schlimmer als Lehman Brothers*, 7 iulie 2009.

[10] Vezi Hypo Real Estate Group, Interim Report din 30 septembrie 2008; şi faptele în: Süddeutsche Zeitung, *Noch viel schlimmer als Lehman Brothers*, 7 iulie 2009.

[11] Handelsblatt on-line edition of 5 octombrie 2008, *Regierung gibt Sparern Staatsgarantie*.

[12] Pentru versiunea în limba engleză a declaraţiei de la summit vezi website-ul guvernului portughez la http://www.portugal.gov.pt/en/Documentos/Decla_Zona_Euro_12_10_08.pfd, sau declaraţia de presă sau textul integral, publicat la: http://www.reuters.com/article/usDollarRpt/idUSLC6791120081012

[13] Pentru o analiză vezi: Petrovic/Tutsch, *National Rescue Measures in Response to the Current Financial Crisis*, European Central Bank Legal Working Paper Series No. 8/iulie 2009.

[14] Cf. Annoff, *Verstaatlichung systemrelevanter Banken gut begründet*, Börsen-Zeitung, 29 aprilie 2009.

supervisory and control duties in the banking sector[15]. Sec. 6 of the Law on Banking Supervision entrust the BaFin with the control of banking business: BaFin is responsible for ensuring that the funds under the control of the financial institutions will not be jeopardised, and that the orderly administration of banking transaction is assured, averting significant damage to the whole economy[16]. According to sec. 7 of the law on banking supervision the Bundesbank is responsible for the continuous surveillance of banking and other financial institutions. Somewhat over-simplifying, the Bundesbank is charged with a fact-finding and evaluating mission with respect to the stability of the financial system and supply of sufficient liquidity. Prudential oversight is ensured by both, the Bundesbank and BaFin. In reaction to the financial crisis, the new German coalition government has announced plans to give up the bifurcated administrative approach, entrusting the Bundesbank with exclusive oversight over banks[17].

a) Surveillance by the Bundesbank

For practical purposes, the Bundesbank and BaFin have laid down their joint administrative approach in a Guideline on the Enforcement and Quality Maintenance of the Continuous Surveillance through the Deutsche Bundesbank[18]. This Guideline is based on the national statute, but it also implements the Banking Directive of the European Union and the Guidelines issued by the Committee of the European Banking Supervisors. The surveillance applied by the Bundesbank is intended to be comprehensive. The Bundesbank is to be supplied with information necessary to assess claims, obligations and risks assumed by a bank. This includes access to internal documents of the respective financial institution. Banking and financial institutions subject to Bundesbank surveillance are required to report regularly and file the relevant documents.

In exercising its surveillance duties, the Bundesbank is to develop a risk profile for each banking and financial institution[19]. This risk profile includes profit and ownership structures, sustainability features with respect to risk and development perspectives. The risk profile is based on a principles-based approach to surveillance. It also serves as an instrument for surveillance-planning and for control discussion with the respective banking or financial institution. The Guideline issued by the Bundesbank and BaFin specifically provides for intensified surveillance measures for *problem institutions* and for banks of *systemic importance*. Under the terms of the Guidelines[20], a *problem institution* is a bank in an economic situation

[15] For details see: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *Kreditwesengesetz – Kommentar* (3rd ed. 2008), § 7, ¶ 3 et seq.

[16] See e.g. BaFin's approach towards risk management procedures (minimum requirements): BaFin, Rundschreiben 3/2009, *Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement* (MaRisk VA), and Langen, in: *Schwennicke/Auerbach, Kreditwesengesetz – Kommentar* (2009), § 25a ¶55 et seq.

[17] Cf. Handelsblatt – on-line edition 8 October 2009, *Koalitionsverhandlungen – Bundesbank erhält Bankenaufsicht.*

[18] See Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit - und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank, Aufsichtsrichtlinie – AufsichtsRL, of 21 February 2009.institute durch die Deutsche Bundesbank, Aufsichtsrichtlinie – AufsichtsRL, of 21 February 2009. See also the Agreement on Cooperation between the Deutsche Bundesbank and BaFin, *Vereinbarung über die Zusammenarbeit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der deutschen Bundesbank bei der Beaufsichtigung der Kredit - und Finanzdienstleistungsinstitute*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, supra N. 15, § 7 ¶45 et seq.; cf. Habetha, in: Schwennicke/Auerbach, supra N. 16, § 7 ¶10 et seq.

[19] Boos/Fischer/Schulte-Mattler, supra, N. 15, § 7, ¶ 19 et seq.

[20] See, supra N. 18.

Conform legii supravegherii bancare, atât Bundesbank germană cât şi Autoritatea Federală de Supraveghere Financiară (germ. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin) au îndatoriri de supraveghere şi control în sectorul bancar[15]. Sec. 6 a Legii privind Supravegherea Bancară încredinţează BaFin controlul activităţii bancare: „BaFin răspunde de asigurarea faptului că fondurile de sub controlul instituţiilor financiare nu vor fi puse în pericol şi că administrarea ordonată a tranzacţiilor bancare este asigurată, evitând astfel pagube semnificative pentru întreaga economie[16]". Conform Sec. 7 a Legii privind supravegherea bancară, Bundesbank este responsabilă de supravegherea continuă a operaţiunilor bancare şi ale altor instituţii financiare. Simplificând, Bundesbank răspunde de depistarea faptelor şi de misiuni de evaluare privind stabilitatea sistemului financiar, şi în plus de furnizarea de lichiditate suficientă. Supravegherea prudenţială este asigurată atât de către Bundesbank, cât şi de către BaFin. Ca reacţie la criza financiară, noua coaliţie guvernamentală germană a anunţat planuri de a renunţa la abordarea administrativă cu două organisme, încredinţând Bundesbank prerogativa exclusivă de supraveghere a băncilor[17].

a) Supravegherea de către Bundesbank

Din motive practice, Bundesbank şi BaFin şi-au publicat abordarea administrativă comună într-un Ghid privind Aplicarea Menţinerii Calităţii în cadrul Supravegherii Continue prin intermediul lui Deutsche Bundesbank[18]. Acest Ghid se bazează pe legislaţia naţională, dar implementează şi Directiva Bancară a Uniunii Europene şi Ghidul emis de către Comitetul Supraveghetorilor Bancari Europeni. Supravegherea aplicată de către Bundesbank se vrea comprehensivă, Bundesbank urmând a primi informaţiile necesare pentru a evalua creanţele, obligaţiile şi riscurile asumate de către bănci. Acest lucru include accesul la documentele interne ale respectivelor instituţii financiare. Instituţiile financiar-bancare – obiectul supravegherii Bundesbank, trebuie să raporteze regulat şi să îndosarieze documentele relevante.

În exercitarea îndatoririlor sale de supraveghere, Bundesbank urmează să dezvolte un profil de risc pentru fiecare instituţie financiar-bancară în parte[19]. Acest profil de risc include structurile de profit şi proprietate, caracteristicile de sustenabilitate privind riscul şi perspectivele de dezvoltare. Profilul de risc se bazează pe o abordare pe bază de principii în procesul supravegherii. Abordarea mai serveşte şi ca instrument pentru planificarea supravegherii şi pentru discutarea controlului cu respectiva instituţie financiar-bancară. Ghidul emis de către Bundesbank şi BaFin stipulează, în mod specific, măsuri intensificate de supraveghere pentru instituţiile cu probleme şi pentru băncile de importanţă sistemică.

[15] Pentru detalii vezi: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, Kreditwesengesetz – Kommentar (3rd ed. 2008), § 7, ¶ 3 şi urm.

[16] Vezi e.g. Abordarea BaFin privind procedurile de gestionare a riscului (cerinţe minime): BaFin, Rundschreiben 3/2009, *Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement* (MaRisk VA), si Langen, in: *Schwennicke/Auerbach, Kreditwesengesetz – Kommentar* (2009), § 25a ¶55 şi urm.

[17] Cf. Handelsblatt – on-line edition 8 octombrie 2009, *Koalitionsverhandlungen – Bundesbank erhält Bankenaufsicht.*

[18] Vezi Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank (Aufsichtsrichtlinie – AufsichtsRL), din 21 februarie 2009. Institute durch die Deutsche Bundesbank (Aufsichtsrichtlinie – AufsichtsRL), din 21 februarie 2009. Vezi şi Agreement on Cooperation between the Deutsche Bundesbank and BaFin, Vereinbarung über die Zusammenarbeit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der deutschen Bundesbank bei der Beaufsichtigung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, în: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, supra N. 15, § 7 ¶45 et seq.; cf. Habetha, in: *Schwennicke/Auerbach*, supra N. 16, § 7 ¶10 şi urm.

[19] Boos/Fischer/Schulte-Mattler, supra, N. 15, § 7, ¶ 19 şi urm.

giving rise to particular concerns, having previously given rise to surveillance statements or provoking surveillance action. Banks of *systemic importance* are institutions of considerable size with intensive inter-bank relationships, closely interwoven with foreign banking or financial institutions. The downfall of such a bank threatens to have *systemic importance*, as it is likely to produce (negative) repercussions for other banking and financial institutions, destabilising the financial system.

b) Regulatory Shortcomings of the Law on Banking Supervision

A study commissioned by the German Federal Ministry of Finance in 2009 assesses both corporate governance failures within banks, and shortcomings of the regulatory approach towards banks[21]. In analysing the business strategies with respect to sub-prime investments the authors find shortcomings in the market discipline of private banks, exclusively informed by concepts of shareholder value. Thus, the focus on returns on capital resulted in a persistent undercapitalisation, as bank managers had tended to ignore the risks of undercapitalized securitized mortgages. Moreover, the study is critical of a *market discipline* which disregards the risks for creditors, the tax payer and the system of finance[22]. The problems diagnosed for private banks were exacerbated under the specific organisational of German state-owned banks[23]. Profit margins were extremely small and the managers of these financial institutions had to cope with the endemic desire of their public owners for higher dividends. The authors of the study do not find fault with the portfolio and risk managers in the respective financial institutions for failing to apprehend the risk dimension, associated with sub-prime transactions. Although portfolio and risk managers could have scrutinized the adequacy of their risk models with greater scepticism, the authors are convinced that this deficiency is rather due to in-built systemic failures[24]. This failure was magnified by the absence of systemic thinking in the banking supervision authorities. In concentrating on solvency problems and depositor protection, the supervisors had overlooked that financial institutions can only thrive in an appropriate systemic environment. In favouring a more comprehensive analysis over a single financial institution-oriented approach, the study for the German Ministry of Finance recommends to adopt a surveillance strategy more motivated by a macro-economic interest, thus facilitating the establishment of an early warning system[25]. Risks such as those which led to the financial crisis should be treated as endogenous, being aggregated for all banking institutions. Moreover, in reflecting on the principles-based approach in an age of financial innovation the study criticises shortcomings in addressing issues of regulatory arbitrage and supplying a meaningful explanatory model to the industry[26]. Both the Bundesbank and the BaFin should devote greater attention to forum-shopping with foreign subsidiaries.

[21] Hellwig/Hartmann-Wendels, *Arbeitsweise der Bankenaufsicht vor dem Hintergrund der Finanzkrise*, Institut der Deutschen Wirtschaft Köln, 17 February 2009, 47 et seq., 133 et seq.

[22] *Idem*, p. 47.

[23] *Idem*, p. 47.

[24] *Idem*, p. 48.

[25] *Idem*, p. 160 et seq.

[26] *Idem*, p. 155.

Conform termenilor Ghidului[20], o instituţie cu probleme este o bancă aflată într-o situaţie economică este îngrijorătoare, după ce anterior aceasta generase declaraţii ale supraveghetorilor ori acţiuni de supraveghere. Băncile de importanţă sistemică sunt instituţii de o dimensiune considerabilă, cu multe relaţii interbancare, cu legături strânse cu instituţii financiar-bancare din străinătate. Căderea unei astfel de bănci ameninţă să aibă importanţă sistemică, căci probabil că ea va produce repercusiuni negative asupra altor instituţii financiar-bancare, prin aceasta destabilizând sistemul financiar.

b) Deficienţe de reglementare ale legislaţiei privind supravegherea bancară

Un studiu comandat de către Ministrul Federal de Finanţe German evaluează în 2009 atât eşecurile de guvernanţă corporatistă în bănci, cât şi deficienţele abordării de reglementare în cazul băncilor[21]. În analizarea strategiilor de afaceri privind investiţiile sub-prime, autorii constată deficienţe în disciplina de piaţă a băncilor private, exclusiv informate prin concepte de valoare pentru acţionari. Astfel, concentrarea pe randamentul capitalului a dus la o subcapitalizare persistentă, deoarece managerii băncilor aveau tendinţa să ignore riscurile subcapitalizării creditelor ipotecare securitizate. Mai mult chiar, studiul este critic cu privire la o disciplină de piaţă care nu ia în considerare riscurile pentru creditori, contribuabili şi sistemul de finanţe[22]. Problemele diagnosticate în cazul băncilor private s-au exacerbat sub organizarea specifică a băncilor germane deţinute de stat[23]. Marjele de profit erau extrem de mici, iar managerii acestor instituţii financiare trebuiau să facă faţă dorinţei endemice a proprietarilor publici de a primi dividende tot mai mari. Autorii studiului nu constată greşeli în ceea ce priveşte portofoliile şi managerii de risc din respectivele instituţii financiare, care însă nu au înţeles dimensiunea riscului asociat tranzacţiilor sub-prime. Deşi managerii de risc şi de portfolii ar fi putut studia mai îndeaproape adecvarea modelelor lor de risc cu mai mult scepticism, autorii sunt convinşi că această deficienţă se datorează mai degrabă eşecurilor sistemice care sunt incluse din construcţie[24]. Acest eşec a fost exacerbat de absenţa unei gândiri sistemice a autorităţilor de supraveghere bancară. Concentrându-se pe probleme de solvabilitate şi pe protecţia deponenţilor, supraveghetorii au trecut cu vederea faptul că instituţiile financiare pot să o ducă bine doar într-un mediu sistemic corespunzător. Favorizând o analiză mai cuprinzătoare printr-o abordare a instituţiilor financiare luate la nivel individual, studiul pentru Ministerul de Finanţe German recomandă adoptarea unei strategii de supraveghere mai motivată de interesul macroeconomic, prin aceasta facilitând înfiinţarea unui sistem de avertizare timpurie[25]. Riscuri precum cele care au condus la criza financiară trebuie tratate ca fiind endogene, fiind agregate pentru toate instituţiile bancare. Mai mult chiar, reflectând pe marginea abordării pe bază de principii într-o eră a inovaţiei financiare, studiul critică deficienţele în a trata probleme de arbitraj în reglementare şi în a oferi un model explicativ care să aibă sens pentru industrie[26]. Atât Bundesbank, cât şi BaFin trebuie să acorde mai multă

[20] Vezi, supra N. 18.

[21] Hellwig/Hartmann-Wendels, *Arbeitsweise der Bankenaufsicht vor dem Hintergrund der Finanzkrise*, Institut der Deutschen Wirtschaft Köln, 17 februarie 2009, p. 47 şi urm.; p. 133 şi urm.

[22] *Idem*, p. 47.

[23] *Idem*, p. 47.

[24] *Idem*, p. 48.

[25] *Idem*, p. 160 şi urm.

[26] *Idem*, p. 155.

The agencies should also develop risk strategy models to address refinancing strategies, counter-party risks in hedging contracts and valuation and liquidity risks on the security markets[27].

c) Protecting Depositors

A European Community Directive requires the Member States to introduce legislation on deposit-guarantee schemes[28]. Germany has enacted a statute on the protection of deposits and depositor compensation if a financial institution does not have sufficient liquidity to pay back deposits. For saving and checking accounts the compensation payable to each depositor may not exceed € 50,000, investments in securities will be compensated up to an amount of € 20,000[29]. While the statute prescribes compensations amounts and procedures, it offers some leeway as to the organisational structure of the compensation funds. Private law institutions may be empowered by federal authorities to operate as funds handling statutory claims. For practical purposes, German financial institutions have established a bifurcated system for deposits with private banks[30] and those with state ownerships, mostly local savings banks. The by-laws of the Deposit Protection Fund of the Association of German Banks *(Einlagensicherungsfonds deutscher Banken)* require member financial institutions to comply with statutory capital requirements, make provision for adequate liquidity, maintain appropriate ratings and establish quality governance and risk control structures[31]. Nonetheless, neither the statutory framework nor the organisational arrangements of the compensation funds will provide adequate protection for depositors faced with the repercussions from the financial crisis. The current regulatory approach ignores the systemic complexity of the liquidity problems experienced by some banks. It overlooks that current capital requirements and their penchant for pro-cyclicality do not afford adequate protection[32], both for banks and their depositors. In this, it mirrors the criticism voiced *against* the Bundesbank and BaFin: Micro-prudential surveillance measures are not informed by macro-prudential vision[33].

d) Insolvency Law Aspects

Banks in financial difficulties or in the vicinity of insolvency pose a specific regulatory challenge. A special resolution regime may be appropriate, assuring the stabilisation of banking activities, temporary administration by public authorities or an orderly bank insolvency

[27] *Idem*, p. 164 et seq.

[28] Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes, JO L 135/5 of 31 May 1994.

[29] See sec. 4 (2) of the German Law on the Protection of Deposits and Depositor Compensation (Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, BGBl. I 1842 of 16 July 1998).

[30] See: Bundesverband Deutscher Banken, The Deposit Protection Scheme of the German Private Commercial Banks – A Brief Guide and List of Member Banks, Berlin July 2009.

[31] Sec. 3 of the By-laws of the Deposit Protection Fund of the Association of German Banks (Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken), Berlin, June 2009.

[32] See, *infra*, sub 6.

[33] See, *supra*, sub 2.b.

atenţie locului unde se află instanţa de judecată (*nota trad. engl. forum shopping = numele neoficial dat practicii adoptate de unele entităţi aflate în litigiu pentru ca dosarul lor să fie judecat într-o instanţă considerată că le va da probabil o sentinţă favorabilă*) în cazul subsidiarelor străine. Agenţiile mai trebuie să dezvolte modele de strategii de risc care să trateze strategiile de refinanţare, riscurile de contraparte în contractele de hedging şi riscurile de evaluare şi de lichiditate în pieţele titlurilor de valoare[27].

c) Protecţia deponenţilor

O Directivă a Comunităţii Europene cere statelor membre să introducă legislaţie privind schemele de garantare a depozitelor[28]. Germania a legiferat o lege privind protecţia depozitelor şi compensarea deponenţilor dacă o instituţie financiară nu are suficientă lichiditate ca să ramburseze depozitele. Pentru conturile de economii şi cele curente, compensaţia plătibilă fiecărui deponent nu poate depăşi € 50.000, iar investiţiile în titluri de valoare vor fi compensate până la € 20.000[29]. În timp ce legea stipulează sume şi proceduri pentru compensaţii, ea oferă şi o marjă de manevră în ceea ce priveşte structura organizaţională a fondurilor de compensare. Instituţiile de drept privat pot primi prerogative de la autorităţile federale pentru a opera ca fonduri care se ocupă de creanţe legale. Din motive practice, instituţiile financiare germane au înfiinţat un sistem bipolar pentru depozitele din băncile private[30] şi cele din băncile de stat, în principal bănci locale de economii. Legea Fondului de Protecţie a Depozitelor al Asociaţiei Germane a Băncilor (*Einlagensicherungsfonds deutscher Banken*) cere instituţiilor financiare membre să se conformeze cu cerinţele legale de capital, să constituie provizioane pentru o lichiditate adecvată, să menţină rating-uri corespunzătoare şi să înfiinţeze structuri de guvernanţă a calităţii şi controlul riscului[31]. Totuşi însă, nici cadrul legal şi nici aranjamentele organizaţionale ale fondurilor de compensare nu vor oferi o protecţie corespunzătoare deponenţilor, care se confruntă cu repercusiunile crizei financiare. Abordarea de reglementare curentă ignoră complexitatea sistemică a problemelor de lichiditate prin care au trecut unele bănci. Nu se ia în considerare faptul că cerinţele curente de capital şi aplecarea lor spre prociclicalitate nu permit o protecţie adecvată[32], atât pentru bănci cât şi pentru deponenţii lor. În această abordare, se reflectă critica exprimată *contra* Bundesbank şi BaFin: „măsurile de supraveghere microprudenţială nu sunt luate printr-o viziune macroprudenţială[33]".

d) Aspecte ale Legii insolvenţei

Băncile aflate în dificultate financiară sau care sunt aproape de insolvenţă constituie o provocare de reglementare specifică. Un regim de rezoluţii speciale ar putea fi corespunzător,

[27] *Idem*, p. 164 şi urm.

[28] Directiva nr. 94/19/EC a Parlamentului şi Consiliului European din 30 mai 1994 privind schemele de garantare a depozitelor, JO L nr. 135/5 din 31 mai 1994.

[29] Vezi sec. 4 (2) din legislaţia germană privind Protecţia Depozitelor şi Compensarea Deponenţilor (*Einlagensicherungs - und Anlegerentschädigungsgesetz*, BGBl. I 1842 of 16 July 1998).

[30] Vezi: Bundesverband Deutscher Banken, *The Deposit Protection Scheme of the German Private Commercial Banks – A Brief Guide and List of Member Banks*, Berlin, iulie 2009.

[31] Sec. 3 din Statutul Fondului de Protecţie a Depozitelor al Asociaţiei Germane a Băncilor, *Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken*, Berlin, iunie 2009.

[32] Vezi *infra*, sub 6.

[33] Vezi *supra*, sub 2.b.

procedure triggered by administrative action[34]. German law does not provide for specific insolvency law regimes, envisaging the problems of systemic banks in financial difficulties[35].

Sec. 1 of the German Insolvency Law *(Insolvenzordnung)* makes a basic distinction between insolvency proceedings designed to distribute the debtor's belongings to the creditors, and the so-called *insolvency plan* negotiated in order to protect a going enterprise *(Insolvenzplanverfahren)*. The *Insolvenzplanverfahren* has been designed to facilitate a competitive process for the best available deal for creditors without forcing a mandatory result on them[36]. The focus is on the reorganisation of the enterprise, and decisions on the adoption of the plan may be secured by a majority vote of the creditors[37]. In this, the statutory provisions have been modelled on the chapter 11 proceedings under the US Bankruptcy code[38]. Nonetheless, the current statutory scheme is a compromise between traditional German insolvency law and more liberal schemes. The court has to appoint an insolvency administrator once a petition to open insolvency proceedings has been accepted. The court may authorise the management to continue the company's business. But still, the management will have to liaise with the administrator. Although the *Insolvenzplan* envisages a negotiated settlement with the creditors to be proposed by the debtor[39], the insolvency administrator is under no statutory duty to accept the debtor's scheme. In fact, the insolvency administrator may elect to introduce an alternative plan[40]. The court has to reject an insolvency plan *ex officio* if the insolvency is in breach of statutory provisions, including the equal treatment of creditors, or if the creditors are unlikely to accept it. As a corollary, the court must reject the insolvency plan if the funds envisaged by the debtor are unlikely to be provided for the creditors. This is a mechanism to stave off debtors' attempts to prolong insolvency proceedings although there is no realistic chance to arrive at a negotiated settlement[41].

The financial crisis clearly demonstrates that the conventional statutory scheme of banking surveillance, insolvency and company laws has been inadequate in establishing a balance between short-term needs and long-term policy perspectives, between macro-economic urgencies and a micro-economic tool-kit. The post-October 2008 anti-crisis measures have introduced *ad hoc* fast track-mechanisms implementing the conditions imposed under an aid scheme administered by the public authorities. The German legislator has refrained, however, from adopting mandatory measures as far-reaching as the stabilisation options or the rules on banking administration under the United Kingdom Banking Act

[34] Cf. the special resolution regime for banks under the United Kingdom Banking Act of 2009, c. 1, providing for stabilisation options (transfer to a private purchaser, transfer to a bridge bank, and transfer to temporary public ownership), the bank insolvency procedure, and the bank administration procedure.

[35] Cf. Amend, *Das Finanzmarktstabilisierungseränzungsgesetz oder der Bedeutungsverlust des Insolvenzrechts*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 30, 2009, p. 589, p. 595 et seq., Passim: Kaserer/Köndgen/Möllers, Stellungnahmen zum *Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz*, ZBB-Report, ZBB 2/2009, p. 142 (p. et seq.).

[36] See Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4th ed., 2007, ¶ 28.03 et seq.

[37] Lüer, in: *Uhlenbruck, Insolvenzordnung – Kommentar*, 12th ed., 2003, Vorbemerkungen zu §§ 217 – 269.

[38] Lüer, in: *Uhlenbruck*, supra N. 37, Vor §§ 217 – 269, ¶11.

[39] Eidenmüller, in: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Bd. 2, §§ 103-269 (2002), § 218, ¶ 1 et seq.

[40] Cf. Eidenmüller, in: *Münchener Kommentar*, supra N. 39, § 218, ¶ 116 et seq.

[41] On the practical relevance of the German *Insolvenzplanverfahren*: *Häsemeyer*, supra N. 63, ¶28.06a et seq.; Eidenmüller, in: *Münchener Kommentar*, supra N. 39, vor §§ 217 bis 269, ¶55 et seq.

asigurând stabilizarea activităţilor bancare, administrarea temporară de către autorităţile publice sau o procedură ordonată de insolvenţă a băncilor declanşată de o acţiune administrativă[34]. Legislaţia germană nu furnizează regimuri specifice pentru legea insolvenţei, care să includă probleme ale băncilor de importanţă sistemică aflate în dificultate financiară[35].

Sec. 1 din Legea germană a insolvenţei (*Insolvenzordnung*) recunoaşte o distincţie fundamentală între procedurile insolvenţei proiectate pentru a distribui deţinerile debitorului către creditori şi aşa numitul plan de insolvenţă negociat cu scopul de a proteja continuitatea unei întreprinderi (*Insolvenzplanverfahren*). *Insolvenzplanverfahren* a fost proiectat ca să faciliteze un proces competitiv pentru cea mai bună afacere disponibilă pentru creditori, fără a forţa un rezultat obligatoriu pentru ele[36]. Accentul se pune pe reorganizarea întreprinderii, iar deciziile privind adoptarea planului se pot garanta prin votul majorităţii creditorilor[37]. În această situaţie, prevederile legale au fost modelate conform prevederilor capitolului 11 sub Codul SUA privind Falimentul[38]. Totuşi însă, schema legală curentă constituie un compromis între legea germană tradiţională a insolvenţei şi schemele mai liberale. Instanţa trebuie să numească un administrator al insolvenţei odată ce s-a acceptat o cerere de deschidere a procedurilor de insolvenţă. Instanţa poate autoriza managementul ca să continue afacerile companiei. Dar totuşi, managementul va trebui să ţină legătura cu administratorul. Deşi *Insolvenzplan* stipulează o rezolvare negociată cu creditorii care să fie propusă de către debitor[39], administratorul insolvenţei nu are nici o obligaţie legală să accepte schema debitorului. De fapt, administratorul insolvenţei poate alege să introducă un plan alternativ[40]. Instanţa trebuie să respingă un plan de insolvenţă *ex officio* dacă insolvenţa încalcă prevederile legale, incluzând tratamentul egal al creditorilor, ori dacă creditorii probabil că nu îl vor accepta. Ca un corolar, instanţa poate respinge planul de insolvenţă dacă fondurile luate în considerare de către debitor nu vor fi destinate creditorilor. Acesta este un mecanism suficient pentru a opri încercările debitorilor de a prelungi procedurile de insolvenţă, deşi nu există nici o şansă realistă de a se ajunge la o rezolvare negociată[41].

Criza financiară actuală demonstrează cu claritate faptul că schema legală convenţională a supravegherii bancare, insolvenţa şi legile societăţilor comerciale au fost inadecvate în a stabili echilibrul între nevoile pe termen scurt şi perspectivele politicii pe termen lung, între urgenţele macroeconomice şi instrumentele microeconomice. Măsurile anticriză post-octombrie 2008 au introdus *ad hoc* mecanisme de implementare rapidă a condiţiilor impuse sub o schemă de ajutor administrată de către autorităţile publice. Legiuitorul german s-a abţinut totuşi să adopte măsuri obligatorii la fel de largi ca anvergură precum opţiunile de stabilizare ori regulile privind administrarea băncilor sub Legea Bancară din Anglia din 2009[42]. Rămâne de văzut dacă

[34] Cf. Regimului special al rezoluţiei pentru bănci conform Legii Bancare engleze din 2009, c. 1, stipularea opţiunilor de stabilizare (transfer către un cumpărător privat, transfer către o bancă de tip „bridge", şi transfer temporar către proprietatea publică), procedura de insolvenţă a băncilor, şi procedura administrării băncilor.

[35] Cf. *Amend*, Das Finanzmarktstabilisierungserănzungsgesetz oder der Bedeutungsverlust des Insolvenzrechts, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 30 (2009), p. 589 (p. 595 şi urm.). Passim: Kaserer/Köndgen/Möllers, *Stellungnahmen zum Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz*, ZBB-Report, ZBB 2/2009, p. 142 (p. 146 şi urm.).

[36] Vezi Häsemeyer, Insolvenzrecht (4th ed., 2007), ¶ 28.03 şi urm.

[37] Lüer, în: *Uhlenbruck, Insolvenzordnung – Kommentar* (12th ed., 2003), Vorbemerkungen zu §§ 217-269.

[38] Lüer, în: *Uhlenbruck*, supra N. 37, Vor §§ 217-269, ¶11.

[39] Eidenmüller, în: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Bd. 2, §§ 103-269 (2002), § 218, ¶ 1 şi urm.

[40] Cf. Eidenmüller, în: *Münchener Kommentar*, supra N. 39, § 218, ¶ 116 şi urm.

[41] Cu privire la relevanţa practică a *Insolvenzplanverfahren*: Häsemeyer germane, supra N. 63, ¶28.06a et seq.; Eidenmüller, în: *Münchener Kommentar*, supra N. 39, vor §§ 217 bis 269, ¶ 55 şi urm.

[42] Cf. ss. 11, 136 din Legea Bancara din Anglia din 2009.

2009[42]. It remains to be seen whether the current German statutory scheme will deliver the stabilisation of national financial markets it purportedly assures[43].

3. Statutory Emergency Reactions

a) Basic Structure of the October 2008 Act on Financial Market Stabilisation

The Hypo Real Estate rescue package of early October 2008[44] drove home the message that state guarantees for systemic banks in distress were needed, supplemented by statutory instruments to bind the beneficiary of state aid on more meaningful risk governance structures. On 18 October 2008, within a week after being introduced for parliamentary debate, the Act on Financial Market Stabilisation (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts/Act on the Implementation of a Package to Stabilise the Financial Market) came into force[45]. It is the declared purpose of this act to provide the public authorities with statutory instruments to overcome current liquidity shortages and to increase the stability of the Geryman financial market. Basically, the Act takes a three step approach to implement a stabilisation scheme.

It creates the Financial Market Stabilisation Fund[46] which is authorised to issue guarantees or inject fresh liquidity into financial institutions by acquiring shares or silent participations[47]. The Fund may also purchase or otherwise cover risk positions acquired prior to 13 October 2008, including claims, securities, structured instruments and guarantees. This authorisation is equally applicable to special purpose vehicles created to assume risk positions of a financial institution. Secondly, a Financial Market Stabilisation Agency is (*SoFFin*) established at the Bundesbank. The Agency is organisationally separate from the Bundesbank administers the Financial Market Stabilisation Fund. The Agency is supervised by the Federal Ministry of Finance and shall be managed by a three person-Steering Committee appointed by the Ministry in consultation with the Bundesbank[48]. Thirdly, the Act provides for accelerating the acquisition of shares and risk position through the Fund. This is a rather euphemistic description for emergency measures which are designed to overrule established principles of company and insolvency law in the interest of protecting systemic financial institutions[49].

---

[42] Cf. ss. 11, 136 of the United Kingdom Banking Act 2009.

[43] For a comparative survey over anti-crisis measures see: Botschaft 08.077 des Schweizerischen Bundesrates zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, 5 November 2008.

[44] See, supra, sub 1.

[45] Gesetz zu Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG), of 17 October 2008 (BGBl. I 1982).

[46] See Ewer/Behnsen, *Der Finanzmarktstabilisierungsfonds – Herzschrittmacher bei drohendem Kollaps der Finanzmärkte*, Neue Juristische Wochenschrift 2009, 3457 et seq.; *Becker/Mock*, Finanzmarktstabilisierung in Permanenz, Der Betrieb 2009, 1055 et seq.

[47] For analysis of silent participations in the banking sector from a company law perspective: Nodoushani, *Hilfe für Banken: Die stille Gesellschaft auf dem Gebiet des Finanzsektors*, ZBB 2009, 110 (113 et seq.); *Becker/Mock*, supra N. 46, Der Betrieb 2009, 1055 (1057 et seq.).

[48] See the Regulation implementing the Act: Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktsstabilisierungsfondsgesetzes (Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung – FMStFV) of 20 October 2008.

[49] Cf. Roitzsch/Wächter, *Gesellschaftsrechtliche Probleme des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes*, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts – und Insolvenzrecht 2009, 1 et seq.

schema germană legală curentă va genera stabilizarea pieţelor financiare naţionale pe care are ca scop să o asigure[43].

3. Reacţii juridice de urgenţă

a) Structura de bază a Legii din 2008 privind stabilizarea pieţelor financiare

Pachetul de salvare a lui Hypo Real Estate de la începutul lui octombrie 2008[44] a dat mesajul că este nevoie de garanţii de stat pentru băncile de importanţă sistemică aflate în dificultate, suplimentate de instrumente legale care să-l oblige din punct de vedere legal pe beneficiarul ajutorului de stat la a avea structuri mai raţionale de guvernanţă a riscului. În 18 octombrie 2008, la o săptămână după ce a fost introdusă în Parlament pentru dezbateri, a intrat în vigoare Legea privind Stabilizarea Pieţei Financiare (*Finanzmarktstabilisierungsgesetz – Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts/Legea privind Implementarea unui Pachet pentru a Stabiliza Piaţa Financiară*)[45]. Scopul declarat al acestei legi este de a furniza autorităţilor publice instrumentele legale pentru a trece peste lipsa curentă de lichiditate şi a întări stabilitatea pieţei financiare germane. În principiu, Legea are o abordare în trei faze pentru a implementa o schemă de stabilizare.

Documentul crează Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare[46], care este autorizat să emită garanţii sau să injecteze lichiditate nouă în instituţiile financiare, prin achiziţia de acţiuni sau participaţii pasive[47]. Fondul mai poate achiziţiona sau acoperi în alt fel poziţiile de risc luate înainte de 13 octombrie 2008, incluzând creanţe, titluri de valoare, instrumente structurate şi garanţii. Această autorizaţie se aplică egal şi vehiculelor cu scop special create pentru asumarea de poziţii de risc de către o instituţie financiară. În al doilea rând, s-a înfiinţat o Agenţie de Stabilizare a Pieţei Financiare (*SoFFin*) creată la Bundesbank. Agenţia separată organizaţional de Bundesbank, administrează Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare. Agenţia este supravegheată de către Ministerul Federal de Finanţe şi va fi administrată de un Steering Committee compus din 3 persoane numite de către Minister, care se consultă cu Bundesbank[48]. În al treilea rând, Legea stipulează accelerarea achiziţiei de acţiuni şi poziţiei de risc prin Fond. Aceasta este o descriere destul de eufemistică a măsurilor de urgenţă care sunt proiectate ca să prevaleze în faţa principiilor legii societăţilor comerciale şi a legii insolvenţei, în interesul protejării instituţiilor financiare de importanţă sistemică[49].

---

[43] Pentru o analiză comparativă privind măsurile anticriză vezi: Botschaft 08.077 des Schweizerischen Bundesrates zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, 5 noiembrie 2008.

[44] Vezi, supra, sub 1.

[45] Gesetz zu Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG), of 17 October 2008 (BGBl. I 1982).

[46] Vezi Ewer/Behnsen, *Der Finanzmarktstabilisierungsfonds – Herzschrittmacher bei drohendem Kollaps der Finanzmärkte*, Neue Juristische Wochenschrift 2009, p. 3457 şi urm.; *Becker/Mock*, Finanzmarktstabilisierung în Permanenz, Der Betrieb 2009, p. 1055 şi urm.

[47] Pentru analiza participaţiilor pasive în sectorul bancar din perspectiva legii societăţilor comerciale: Nodoushani, *Hilfe für Banken: Die stille Gesellschaft auf dem Gebiet des Finanzsektors*, ZBB 2009, p. 110 (p. 113 şi urm.); Becker/Mock, supra N. 46, Der Betrieb 2009, p. 1055 (p. 1057 şi urm.).

[48] Vezi Reglementarea implementării Legii: Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktsstabilisierungsfondsgesetzes (Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung – FMStFV) din 20 octombrie 2008.

[49] Cf. Roitzsch/Wächter, *Gesellschaftsrechtliche Probleme des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts - und Insolvenzrecht*, 2009, 1 şi urm.

According to art. 2 § 2 of the new act, the board of a corporation will continue to be responsible for the business activities. Nonetheless, the new Act broadens the powers of the board to make decisions without shareholder approval although a vote of the supervisory board still remains mandatory[50]. In complying with the commitments negotiated with the Stabilisation Fund, the board may increase the legal capital by issuing new shares to the Fund. The incumbent shareholders are not entitled to buy new shares. If the Fund acquires shares or participations in an enterprise, the economics committee of the corporation does not have to be informed. The acquisition transactions are not subject to disclosure rules normally applicable under the securities laws. Moreover, in the event of a subsequent insolvency of the financial institution, previous transfers of risk positions to the Fund may not be challenged by the insolvency administrator or creditors. Such transferral shall not be deemed to constitute a material breach of (a debt) contract with a right to terminate.

The Act prescribes also a temporary modification of the rules for enterprises in the vicinity of insolvency: Until 31 December 2010, over-indebtedness shall not exist when, in the light of the circumstances, the continuation of an enterprise is highly probable, even if the debtor's assets no longer cover the existing liabilities[51]. *Normal* insolvency law, i.e. the law applicable prior to this Act and after 31 December 2010, requires a valuation of the debtor's assets before a judgment on the viability of an enterprise may be made.

b) Financial Market Stabilisation – Operative on 27 October 2008

The organisational structure of the fund has not been designed as to assure neutrality from politics or to provide the independence traditionally associated with the Bundesbank. The Steering Committee of the Fund finally decides upon the recommendation of the Agency Under the terms of the Government Order for the Implementation of the Act, the Agency managing the Fund has to respect instructions from the Federal Ministry of Finance[52]. In fact, the first board of the Agency, consisting of entrepreneurially-minded business people, resigned, unhappy with the constraints on their decision-making power.

The scope of stabilisation activities covers guarantees for risk positions of the applicant financial enterprise, recapitalisation measures and risk assumption measures. In processing applications, the Financial Market Stabilisation Agency has to recommend which type of financial aid it deems most appropriate. The Agency is required to scrutinise the corporate governance structure of the applicant by devising special requirements for its business strategy, remuneration systems and disclosure schemes. The Implementation Order specifies amongst other things that stabilisation measures will not be granted to companies which apply disproportionate remuneration schemes. The annual salary of a board member or a managing director is deemed to be disproportionate if it exceeds the amount of 500,000 €[53].

[50] Cf. Ziemons, Kritische Anmerkungen zu den aktien – und kapitalmarktrechtlichen Regelungen des Regierungsentwurfs eines FMStErgG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, p. 369 et seq.

[51] Cf. Dahl/Schmitz, *Probleme von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit nach FMStG und MoMiG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009*, p. 567 et seq.

[52] The Federal Ministry may, however, decide to delegate some of its decision-making competences to the Agency.

[53] See s. 5 (2) (4a) of the Regulation implementing the Act (supra N. 48). The language of the Regulation does, however, not impose a strict prohibition.

Conform art. 2 Sec. 2 din noua Lege, Consiliul de Administraţie (CA) al unei corporaţii va continua să fie responsabil de activităţile de afaceri ale corporaţiei respective. Totuşi însă, noua lege lărgeşte prerogativele CA de a lua decizii fără aprobarea acţionarilor, deşi votul consiliului de supraveghere rămâne încă obligatoriu[50]: Conformându-se angajamentelor negociate cu Fondul de Stabilizare, CA poate mări capitalul legal emiţând noi acţiuni către Fond. Acţionarii existenţi nu au dreptul de a cumpăra aceste noi acţiuni. Dacă Fondul achiziţionează acţiuni ori participaţii într-o întreprindere, comitetul economic al corporaţiei respective nu trebuie să fie informat. Tranzacţiile de achiziţii nu constituie obiectul regulilor privind dezvăluirile către public, normal aplicabile sub legile titlurilor de valoare. Mai mult chiar, în cazul unei insolvenţă ulterioare a instituţiei financiare, transferurile anterioare ale poziţiilor de risc către Fond nu pot fi puse sub semnul întrebării de către administratorul insolvenţei sau de către creditori. Astfel de transferuri nu vor fi considerate că ar constitui o încălcare semnificativă a contractului de îndatorare cu drept de a fi terminat.

Legea stipulează şi modificarea temporară a regulilor pentru întreprinderi aflate în pragul insolvenţei: „până la 31 decembrie 2010, supraîndatorarea nu va exista atunci când, luând în considerare circumstanţele, continuarea unei întreprinderi este foarte probabilă, chiar dacă activele debitorului nu mai acoperă pasivele existente[51]". Legea „normală" a insolvenţei, i.e. legea aplicabilă înainte de această Lege şi după 31 decembrie 2010, cere o evaluare a activelor debitorului înainte de a se da o sentinţă privind viabilitatea unei întreprinderi.

b) Stabilizarea pieţelor financiare – Operativa din 27 octombrie 2008

Structura organizaţională a Fondului nu a fost proiectată ca să asigure neutralitatea în faţa politicii sau să furnizeze o independenţă tradiţional asociată cu Bundesbank. Steering Committee al Fondului decide în final cu privire la recomandarea Agenţiei conform termenilor Ordinului Guvernului privind Implementarea Legii, Agenţia care administrează Fondul trebuind să respecte instrucţiunile de la Ministerul Federal de Finanţe[52]. De fapt, primul CA al Agenţiei, constând din oameni de afaceri cu orientare antreprenorială, şi-au dat demisia, nemulţumiţi de constrângerile privitoare la prerogativele lor de a lua decizii.

Anvergura activităţilor de stabilizare acoperă garanţiile pentru poziţiile de risc ale instituţiei financiare solicitante, măsurile de recapitalizare şi măsurile de asumare a riscului. În procesarea solicitărilor, Agenţia de Stabilizare a Pieţei Financiare trebuie să recomande ce tip de ajutor financiar consideră ea că este cel mai potrivit. Agenţiei i se cere să analizeze structura guvernanţei corporatiste a solicitantului, stipulând cerinţe speciale pentru strategia sa de afaceri, sistemele de remunerare şi schemele de dezvăluire a informaţiilor. Ordinul de Implementare specifică, între altele, faptul că măsurile de stabilizare nu vor fi oferite companiilor care aplică scheme de remunerare disproporţionate. Salariul anual al unui membru CA sau al unui director se consideră a fi disproporţionat dacă depăşeşte 500.000 €[53].

---

[50] Cf. Ziemons, *Kritische Anmerkungen zu den aktien- und kapitalmarktrechtlichen Regelungen des Regierungsentwurfs eines FMStErgG*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, p. 369 şi urm.

[51] Cf. Dahl/Schmitz, *Probleme von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit nach FMStG und MoMiG*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, p. 567 şi urm.

[52] Ministerul Federal poate, totuşi, decide să delege o parte din competentele de luare a deciziilor Agenţiei.

[53] Vezi s. 5 (2) (4-a) din Reglementarea care implementează Legea (supra N. 48). Limbajul Reglementării, totuşi, nu impune o strictă prohibiţie.

The Federal Fund for Financial Market Stabilisation Market Measures became operative on 27 October 2008[54]. At its inception, it was authorised to administer a guarantee scheme of 400 bn and spend a maximum of 80 bn € for acquisition of shares, silent participations and risk titles[55]. After six weeks of operation, the Stabilisation Fund had received 17 formal applications for aid[56]. Two were later withdrawn. Two *Landesbanken* (BayernLB, HSH Nordbank) and two private banks (Commerzbank/Hypo Real Estate) were the beneficiaries of stabilisation measures. The Stabilisation Fund has mostly issued guarantees[57]. The private Aareal Bank and Commerzbank are the recipients of recapitalisation funds[58]. In April 2009, BaFin studied German financial institutions: An internal risk assessment makes an estimate of 816 bn € of problematic loan securities[59]. BaFin is right in saying that none of these risks may have to materialise[60]. Nonetheless, the study is helpful in distinguishing banks with transitory problems from those in need of fundamental restructuring.

c) The April 2009 Law on the Further Stabilisation of Financial Markets

By February 2009, the Financial Stabilisation Fund had handed out guarantees and credits to the Hypo Real Estate Group totalling the amount of 197 bn €[61]. Presumably, the stipulations of the guarantee and credit transactions required the management of the Hypo Real Estate Group to act in accordance with the interest of the Fund, without jeopardising sound business acumen and established accounting principles. Apart from these stipulations there was no mechanism to contain opportunistic behaviour or moral hazard. In March 2009, the German Federal Government acknowledged lacunae in corporate and takeover law threatening financial stability. A Law Amending the Financial Stabilisation Market Act was introduced that, although couched in general language, was specifically devised to get hold of the Hypo Real Estate Group[62]. Art. 3 of the Amendment Law contain statutory provisions to expropriate shareholders for the benefit of the Financial Stabilisation Fund or any other public agency or private company owned by the Federal Republic of Germany[63]. An expropriation may be ordered in the interest of financial stability if no other measure is available in the time span during which emergency steps have to be adopted. Compensation for the expropriation shall

[54] SoFFin, Press Release, 27 October 2008, *Fonds zur Stabilisierung der Finanzmärkte in Deutschland nimmt Arbeit auf.*

[55] National Rescue Measures, European Central Bank Legal Working Paper, supra N. 13, 35 et seq. By February 2009, the Fund had handed out guarantees totalling 178 bn €, spending 19 bn € for purchases of shares: SoFFin, Press Release, 3 March 2009, *Stabilisierungsmaßnahmen des SoFFin im Februar 2009.*

[56] Reuters on-line, 10 December 2008, *SoFFin: 15 Anträge auf Leistungen aus dem Bankenrettungsfonds.*

[57] See National Rescue Measures, European Central Bank Legal Working Paper, supra N. 13, 36 et seq.

[58] Aareal Bank has benefited from a dormant equity holding in the amount of 0.53 bn €; the Commerzbank received a capital increase of 10 bn € and a dormant equity holding of 8.2. bn € (National Rescue Measures, European Central Bank Legal Working Paper, supra N. 13, at p. 38.

[59] *Bohsem/Hesse/Hulverscheidt*, Internes Papier der BaFin – Bilanz des Schreckens, Süddeutsche Zeitung, 24 April 2009 (http://www.suedeutsche.de/finanzen/735/466319/text/print/html).

[60] BaFin Press Release, *Vertrauliche Liste: BaFin schaltet Staatsanwaltschaft ein, Bonn/Frankfort*, 24 April 2009.

[61] This includes 178 bn € of guarantees and 19 bn € of cash to capital contributions: SoFFin, Press Release 3 March 2009, Stabilisierungsmaßnahmen des SoFFin im Februar *2009*.

[62] Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz – FMStErgG) of 7 April 2009 (BGBl. I 18)

[63] Cf. Brück/Schalast/Schanz, *Das 1. Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz: Lex Hypo Real Estate oder doch mehr?*, Betriebs-Berater 2009, 1306 (1308 et sq.).

Fondul Federal pentru Măsurile de Stabilizare a Pieţei Financiare a devenit operativ la 27 octombrie 2008[54]. La începuturile sale, a fost autorizat să administreze o schemă de garantare de 400 miliarde, iar Fondul a cheltuit un maxim de 80 de miliarde € pentru achiziţia de acţiuni, participaţii pasive şi asumare de risc[55]. După şase săptămâni de operare, Fondul de Stabilizare a primit 17 solicitări oficiale de ajutor[56]. Două au fost ulterior retrase. Două *Landesbanken* (BayernLB, HSH Nordbank) şi două bănci private (Commerzbank/Hypo Real Estate) au fost beneficiarele măsurilor de stabilizare. Fondul de Stabilizare a emis în principal garanţii[57]. Instituţiile private Aareal Bank şi Commerzbank sunt cele care au primit fonduri de recapitalizare[58]. În aprilie 2009, BaFin a studiat instituţiile financiare germane: „o evaluare internă a riscului estimează 816 miliarde de € ca fiind titluri de valoare cu probleme[59]". BaFin are dreptate atunci când susţine că nici unul dintre aceste riscuri nu trebuie să se materializeze[60]. Totuşi, studiul este util în a distinge între băncile cu probleme temporare de cele care au nevoie de o restructurare fundamentală.

c) Legea din aprilie 2009 privind stabilizarea suplimentară a pieţelor financiare

Până în februarie 2009, Fondul de Stabilizare Financiară a furnizat garanţii şi credite către Hypo Real Estate Group totalizând suma de 197 miliarde €[61]. Probabil că prevederile garanţiilor şi tranzacţiilor de credit cereau managementului lui Hypo Real Estate Group să acţioneze în conformitate cu interesul Fondului, fără a pune în pericol afacerile sănătoase şi principiile contabile stabilite. În afara acestor prevederi, nu există nici un mecanism care să conţină un comportament oportunistic sau hazard moral. În martie 2009, Guvernul Federal German a recunoscut lacunele din legislaţia privind corporaţiile şi preluările care ameninţau stabilitatea financiară. Atunci s-a introdus o Lege care modifică Legea Stabilizării Pieţei Financiare şi care, deşi exprimată în limbaj general, era scrisă în mod specific pentru a susţine Hypo Real Estate Group[62]. Art. 3 din Legea Modificărilor conţine prevederi legale pentru a expropria acţionarii în beneficiul Fondului de Stabilizare Financiară sau oricărei alte agenţii publice ori companii private deţinută de către Republica Federală a Germaniei[63]. O expropriere se poate ordona în interesul stabilităţii financiare, dacă nici o altă măsură nu este disponibilă în perioada în care au trebuit să fie adoptate mai multe măsuri de urgenţă. Compensaţiile pentru expropriere vor

[54] SoFFin, Press Release, *Fonds zur Stabilisierung der Finanzmärkte in Deutschland nimmt Arbeit auf*, 27 octombrie 2008.

[55] National Rescue Measures, European Central Bank Legal Working Paper, supra N. 13, 35 şi urm. Până în februarie 2009, Fondul a furnizat garanţii totalizând 178 miliarde €, cheltuind 19 miliarde € pentru a achiziţiona acţiuni: *Stabilisierungsmaßnahmen des SoFFin im Februar 2009*, SoFFin, Press Release, 3 martie 2009.

[56] Reuters on-line, *SoFFin: 15 Anträge auf Leistungen aus dem Bankenrettungsfonds*, 10 decembrie 2008.

[57] Vezi National Rescue Measures, European Central Bank Legal Working Paper, supra N. 13, 36 şi urm.

[58] Aareal Bank a beneficiat de o deţinere pasivă de acţiuni în suma de 0,53 miliarde €; Commerzbank a primit o mărire de capital de 10 miliarde € şi o deţinere pasivă de acţiuni de 8,. miliarde (National Rescue Measures, European Central Bank Legal Working Paper, supra N. 13, p. 38).

[59] Bohsem/Hesse/Hulverscheidt, Internes Papier der BaFin – *Bilanz des Schreckens, Süddeutsche Zeitung*, 24 April 2009 (http://www.suedeutsche.de/finanzen/735/466319/text/print/html).

[60] *Vertrauliche Liste: BaFin schaltet Staatsanwaltschaft ein*, Bonn/Frankfort, BaFin Press Release, 24 aprilie 2009.

[61] Aceasta include 178 miliarde € în garanţii şi 19 miliarde € în numerar la contribuţii de capital: *Stabilisierungsmaßnahmen des SoFFin im Februar 2009*, SoFFin, Press Release 3 martie 2009.

[62] Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes
(Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz – FMStErgG), 7 aprilie 2009 (BGBl. I 18).

[63] Cf. *Brück/Schalast/Schanz, Das 1. Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz: Lex Hypo Real Estate oder doch mehr?*, Betriebs-Berater, 2009, p. 1306 (p. 1308 şi urm.).

be calculated on the basis of the share price at a stock exchange during the last two week prior to expropriation.

The Act in itself is the result of a political and constitutional charade[64]. At an expert hearing before the Finance Committee of the German national parliament, no concerns were raised against the feasibility of an expropriation[65]. But nonetheless, expropriation was not the favoured course of action by one of the coalition parties of the then government. Thus an alternative company law approach was chosen. Contrary to traditional company law rules, changes of legal capital can be introduced by a simple majority of shareholder votes, thereby dispensing with the much higher regular quorum of 75 percent[66]. The purpose of this provision is, of course, to marginalise minority shareholders such as the US minority shareholder. Moreover, the emergency act lowers the statutory threshold for squeeze-outs so that the optimal strategy clearly emerges for a shareholding government: acquire shares that will carry you beyond the 50 percent margin and then apply for the injection of fresh capital from the Stabilisation Fund in exchange for new shares for the Government. Once the combination of a change of the legal capital and injection of public funds has succeeded, the marginalised shareholder may be squeezed out by relaxed takeover rules. Although expropriation rules of the emergency law are to expire by 30 June 2009, it is remarkable that the constitutionality of the changes in company law and takeover rules has never been seriously questioned during the parliamentary debate. Arguably, the encroachment of rights of minority shareholders raises constitutional concerns as well[67]. On the other hand from a pragmatic point of view, the perspective of a lawful expropriation might drive shareholders into accepting a takeover offer provided that the price is feasible. Thus, the economic choice for the shareholder is whether the price offered under a takeover offer or a squeeze-out is more palatable than the compensation to be expected under the expropriation rules of the statute[68].

Early in April 2009, the Financial Market Stabilisation Fund made a cash offer at 1.39 € per share[69]. As the Fund explained, this price was intended to include premium of roughly 10 percent over the statutory minimum offer[70]. Although a major US shareholder rejected the

[64] Cf. Handelsblatt on-line edition, 13 February 2009, Bund *scheut vor Banken-Enteignung zurück*; Handelsblatt, 18 March 2009, *Koalition ermöglicht HRE-Enteignung*.

[65] See Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Finanzausschuss Wortprotokoll Nr. 16/120, 120. Sitzung, Berlin 16 March 2009, Öffentliche Anhörung (BT-Drucksache 16/12100).

[66] Cf. *Brück/Schalast/Schanz*, supra N. 63, Betriebs-Berater 2009, 1306 (1311).

[67] Hopt/Fleckner/Kumpan/Steffek, *Kontrollerlangung über systemrelevante Banken nach den Finanzmarktstabilisierungsgesetzen (FMStG/FMStErG)*, Wertpapiermitteilungen 63 (2009),p. 821 (p.828 et seq.); Gurlit, *Finanzmarktstabilisierung und Eigentumsgarantie*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, p. 601 (p. 606 et seq.); see also the constitutional law assessment by Hofmann, *Das Rettungsübernahmegesetz im Spiegel des Art. 14 III GG*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 28 (2009), p 673 et seq.

[68] Cf. Kaserer/Köndgen/Möllers, supra N. 35, at p. 152. On 26 March, the Federal German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) rejected a constitutional challenge of the Act on Financial Market Stabilisation for procedural reasons, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009,p. 753 et seq. (1 BvR 119/09) (http://www.bundesverfassungsericht.de/entscheidungen/rk20090326_1bvr011909.html); see case note by Haertlein, *Aktionärsrechtsschutz gegen Rekapitalisierungsmaßnahmen auf Grund des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, 576 et seq.

[69] SoFFin, *Öffentliches Übernahmeangebot der Bundesrepublik Deutschland, handelnd durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds, dieser vertreten durch die Finanzmarktstabilisierungsanstalt*, an die Aktionäre der Hypo Real Estate Holding AG, 16 April 2009 (http://w3.cantos.com/09(soffin-904-d71oz/index.php).

[70] SoFFin Press Release 17 April 2009, SoFFin veröffentlicht Angebot an die Aktionäre der Hypo Real Estate Holding AG; Handelsblatt on-line edition 17 April 2009, *BaFin erlaubt Staat die HRE-Übernahme*.

fi calculate pe baza preţului acţiunilor de la bursa din ultimele două săptămâni dinainte de expropriere.

Legea însăşi este rezultatul unei şarade politice şi constituţionale[64]. La o audiere a unor experţi în faţa Comitetului de Finanţe al Parlamentului Naţional German, nu s-au exprimat îngrijorări privind fezabilitatea unei exproprieri[65]. Totuşi însă, exproprierea nu era favorizată ca acţiune de unul dintre partidele din coaliţia guvernului de atunci. Astfel, s-a ales abordarea alternativă a legii societăţilor comerciale. Contrar regulilor tradiţionale ale legii societăţilor comerciale, schimbările capitalului legal se pot introduce prin majoritatea simplă a voturilor acţionarilor, deci dispensându-se de mult mai marele procent obişnuit în caz de cvorum, de 75%[66]. Scopul acestei prevederi era, bineînţeles, cel de a marginaliza acţionarii minoritari cum ar fi acţionarul minoritar SUA. Mai mult chiar, legea de urgenţă scade pragul legal al procedurilor de *squeeze-out* (*nota trad. În Germania, un grup de acţionari care deţin cel puţin 95% din acţiunile unei companii are dreptul să scoată – squeeze out – minoritatea de acţionari rămasă plătindu-le o compensare adecvată*) astfel încât strategia optimă pare clară pentru un guvern care este acţionar: să achiziţioneze acţiuni care să îl facă să deţină peste 50% marjă, iar apoi să aplice injecţia de capital nou din Fondul de Stabilizare, în schimbul noilor acţiuni pentru Guvern. Odată ce combinaţia de schimbare a capitalului legal şi injecţia de fonduri publice a reuşit, acţionarul marginalizat poate fi scos (*engl. squeezed out*) prin legi de preluare laxe. Deşi regulile de expropriere ale legii de urgenţă expiră la 30 iunie 2009, este remarcabil că ceea ce se consideră a fi constituţionalitatea modificărilor în legislaţia societăţilor comerciale şi regulilor de preluare nu a fost niciodată pusă serios sub semnul întrebării în timpul dezbaterilor parlamentare. Discutabil însă, încălcarea drepturilor acţionarilor minoritari dă naştere unor îngrijorări constituţionale[67]. Pe de altă parte, dintr-un punct de vedere pragmatic, perspectiva unei exproprieri legale ar putea determina acţionarii să accepte o ofertă de preluare cu condiţia ca preţul să fie fezabil. Astfel, alegerea economică pentru acţionari este dacă preţul oferit într-o ofertă de preluare sau un *squeeze-out* este mai acceptabil decât compensaţia aşteptată sub regulile de expropriere ale statutului[68].

La începutul lui aprilie 2009, Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare a făcut o ofertă în numerar la 1,39 € per acţiune[69]. Aşa cum a explicat Fondul, acest preţ se dorea să includă o

[64] Cf. Handelsblatt on-line edition, *Bund scheut vor Banken-Enteignung zurück*, 13 februarie 200,; Handelsblatt , *Koalition ermöglicht HRE-Enteignung*, 18 martie 2009.

[65] Vezi Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Finanzausschuss Wortprotokoll Nr. 16/120, 120. Sitzung, Berlin 16 martie 2009, Öffentliche Anhörung (BT-Drucksache 16/12100).

[66] Cf. Brück/Schalast/Schanz, supra N. 63, Betriebs-Berater 2009, 1306 (1311).

[67] Hopt/Fleckner/Kumpan/Steffek, *Kontrollerlangung über systemrelevante Banken nach den Finanzmarktstabilisierungsgesetzen (FMStG/FMStErG)*, Wertpapiermitteilungen 63 (2009), 821 (828 şi urm.); *Gurlit*, Finanzmarktstabilisierung und Eigentumsgarantie, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, p. 601 (p. 606 şi urm.); see also the constitutional law assessment by *Hofmann*, Das Rettungsübernahmegesetz im Spiegel des Art. 14 III GG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 28 (2009), p. 673 şi urm.

[68] Cf. Kaserer/Köndgen/Möllers, supra N. 35, at p. 152. din 26 martie, Curtea Constituţională Federală Germană (*Bundesverfassungsgericht*) a respins o provocare constituţională a Legii Stabilizarii Pieţelor din motive de procedură, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, p. 753 şi urm. (1 BvR 119/09)

(http://www.bundesverfassungsericht.de/entscheidungen/rk20090326_1bvr011909.html); vezi

otele cazului de *Haertlein*, Aktionärsrechtsschutz gegen Rekapitalisierungsmaßnahmen auf Grund des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, 576 şi urm.

[69] SoFFin, *Öffentliches Übernahmeangebot der Bundesrepublik Deutschland, handelnd durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds, dieser vertreten durch die Finanzmarktstabilisierungsanstalt, an die Aktionäre der Hypo Real Estate Holding AG*, 16 aprilie 2009 (http://w3.cantos.com/09(soffin-904-d71oz/index.php).

offer[71], the Financial Market Stabilisation Fund succeeded in acquiring 47.31 percent of the shares[72]. At a shareholders meeting in June 2009, 73.95 percent of the shareholders present passed a motion for an increase of the legal capital which will effectively turn Hypo Real Estate into a state-owned bank, as the modified squeeze-out provisions of takeover law apply[73]. Early in October 2009, by a margin of 94.73 percent a shareholders meeting dominated by the government shareholder voted for the squeeze-out of the few remaining minority shareholders[74]. Once the squeeze-out has become effective, Hypo Real Estate will be *de facto* a nationalized bank.

In approving the acquisition of Hypo Real Estate by the Financial Market Stabilisation under the EU Merger Regulation, the European Commission noted that the bank ceased to operate as a separate commercial entity[75]. Although there were horizontal overlaps with other state-owned banks, the Commission felt that the impact on competition was negligible[76]. However, the Commission has invoked the EU rules on state aids, opening an in-depth investigation into the aid package for Hypo Real Estate[77].

4. Compatibility with European Community Law

As soon as the German Financial Market Stabilisation Act had been introduced in parliament, German government officials sought the advice of both, the European Central Bank (ECB) and the European Commission: Under art. 105 alig. (4) of the EC Treaty, Member States shall consult the ECB regarding draft legislative provisions in the field of ECB competence. Art. 88 (1) of the EC Treaty charges the European Commission, in cooperation with the Member States, with the constant review of state aid systems. If the Commission finds that a national aid scheme is incompatible with EC law, a Member State shall abolish or alter such aid.

a) Monetary Policy Issues

In its opinion of 21 October 2009 the ECB notes that the Stabilisation Fund may not benefit from overdraft facilities or credit facilities with the German Bundesbank[78]. Moreover, the Stabilisation Fund should be managed independently from the Bundesbank. Bundesbank

[71] Handelsblatt – on-line edition, 30 April 2009, HRE: *Flowers lehnt Angebot des Bundes ab.*

[72] Handelsblatt – on-line edition, 19 May 2009, *Bund hat freie Bahn bei Hypo Real Estate.*

[73] Handelsblatt – on-line edition, 3 June 2009, *Kapitalerhöhung abgesegnet – Bund kann HRE verstaatlichen.*

[74] Handelsblatt – on-line edition 5 October 2009, „Bund setzt HRE-Aktionäre vor die Tür"; Handelsblatt – Finanzzeitung, 6 October 2009, Hypo Real Estate: Wie sich die verbliebenen Kleinaktionäre gegen ihren Rauswurf wehren.

[75] European Commission Press Release, *Mergers: Commission approves proposed acquisition of Hypo Real Estate by Germany's Financial Market Stabilisation Fund*, Brussels, 15 May 2009 (IP/09/791).

[76] *Idem.*

[77] European Commission Press Release, *State aid: Commission opens in-depth investigation into aid package for German bank Hypo Real Estate*, Brussels, 7 May 2009 (IP/09/712). It is estimated that the Financial Market Stabilisation Fund will have to invest some 3.15 bn € to finance the increase of the legal capital: Handelsblatt – on-line edition, 15 May 2009, *EU billigt Verstaatlichung der Hypo Real Estate.*

[78] Opinion of the European Central Bank of 21 October 2008 (CON/2008/57) at the request of the German Ministry of Finance on a Law on the Implementation of a package of measures to stabilise the financial market and an order on its implementation.

primă de aproximativ 10% peste oferta legală minimă[70]. Deşi un important acţionar SUA a respins oferta[71], Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare a reuşit să achiziţioneze 47,31% din acţiuni[72]. La o adunare a acţionarilor din iunie 2009, 73,95% dintre acţionarii prezenţi au promulgat o moţiune pentru mărirea capitalului legal care va face ca Hypo Real Estate să devină efectiv o bancă deţinută de stat, căci se aplică prevederile de *squeeze-out* modificate ale legii preluărilor[73]. La începutul lui octombrie 2009, printr-o marjă de 94,73%, o adunare a acţionarilor dominată de acţionarul Guvern va vota pentru procedura de *squeeze-out* a celor câţiva acţionari care au mai rămas[74]. Odată ce procedura de *squeeze-out* devine efectivă, Hypo Real Estate va fi *de facto* o bancă naţionalizată.

Prin aprobarea achiziţiei lui Hypo Real Estate de către Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare sub Reglementarea UE privind Fuziunile, Comisia Europeană a remarcat că banca a încetat să funcţioneze ca o entitate comercială separată[75]. Deşi au existat suprapuneri orizontale cu alte bănci de stat, Comisia a simţit că impactul asupra concurenţei era neglijabil[76]. Totuşi însă, Comisia a invocat regulile UE privind ajutorul de stat, deschizând o investigaţie amănunţită asupra pachetului de ajutor pentru Hypo Real Estate[77].

4. Compatibilitatea cu legislaţia comunitară europeană

De îndată ce Legea germană a Stabilizării Pieţei Financiare a fost introdusă în Parlament, oficialităţile guvernului german au cerut consultanţă atât de la Banca Centrală Europeană (BCE) cât şi de la Comisia Europeană: „conform art. 105 alin. (4) al Tratatului CE, statele membre se vor consulta cu BCE în ceea ce priveşte prevederile proiectului de lege în domeniul de competenţă al BCE. art. 88 alin. (1) al Tratatului CE face responsabilă Comisia Europeană, în cooperare cu statele membre, de revizuirea constantă a sistemelor de ajutor de stat. Dacă Comisia consideră că o schemă naţională de ajutor este incompatibilă cu legislaţia CE, respectivul stat membru va anula sau va modifica acest tip de ajutor."

a) Probleme de politică monetară

În opinia sa din 21 octombrie 2009, BCE remarca faptul că Fondul de Stabilizare poate să nu beneficieze de facilităţi de overdraft ori de facilităţi de credit de la Bundesbank[78].

[70] SoFFin Press Release 17 aprilie 2009, *SoFFin veröffentlicht Angebot an die Aktionäre der Hypo Real Estate Holding AG*; Handelsblatt on-line edition 17 aprilie 2009, *BaFin erlaubt Staat die HRE-Übernahme*.

[71] Handelsblatt – on-line edition, 30 aprilie 2009, HRE: *Flowers lehnt Angebot des Bundes ab*.

[72] Handelsblatt – on-line edition, *Bund hat freie Bahn bei Hypo Real Estate*, 19 mai 2009.

[73] Handelsblatt – on-line edition, *Kapitalerhöhung abgesegnet – Bund kann HRE verstaatlichen*, 3 iunie 2009.

[74] Handelsblatt – on-line edition, *Bund setzt HRE-Aktionäre vor die Tür*, 5 octombrie 2009; Handelsblatt – Finanzzeitung, *Hypo Real Estate: Wie sich die verbliebenen Kleinaktionäre gegen ihren Rauswurf wehren*, 6 octombrie 2009.

[75] European Commission Press Release, *Comisia pentru Fuziuni aprobă achiziţia propusă a lui Hypo Real Estate de către Fondul de Stabilizare al Germaniei pentru Pieţe Financiare*, Brussels, 15 mai 2009 (IP/09/791).

[76] *Idem*.

[77] European Commission Press Release, *State aid: Commission opens in-depth investigation into aid package for German bank Hypo Real Estate*, Brussels, 7 mai 2009 (IP/09/712). Se estimează că Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare va trebui să investească 3,15 miliarde € pentru a finanţa marirea capitalului legal: Handelsblatt – on-line edition, *EU billigt Verstaatlichung der Hypo Real Estate*, 15 May 2009.

[78] Opinia Băncii Centrale Europene din 21 octombrie 2008 (CON/2008/57) la cererea Ministerului de Finanţe german privind Legea Implementării unui pachet de măsuri pentru stabilizarea pieţei financiare şi un ordin de implementare.

services should only be supplied if the principles of cost-coverage and avoidance of conflicts of interest are observed. The ECB opinion emphasizes the need to refrain from beggar-thy-neighbour policies whereby beneficiary institutions might be unfairly advantaged. Finally, the ECB insists on a coordinated Member State approach towards government aids in the banking sector in order avoid distortions in global banking by segmentation of markets. A second opinion of 17 March 2009 reiterates the ECB's stance towards government intervention in the banking sector[79]: While expropriation and nationalisations should be restricted to cases where there is no other solution, the State's role as shareholder should be limited in time, making statutory exit strategies highly desirable.

b) State Aids

The European Commission took a similar approach when it assessed the compatibility of the Financial Market Stabilisation Act with the EC Treaty rules on state aids[80]. Community officials felt that a price should be paid for capital injections from public (i.e. state) funds and government intervention should be reduced as soon as market conditions so permit[81]. Later in October 2008, the Commission issued its first Banking Communication[82]: Member states may invoke art. 87 (3) lit. b of the EC Treaty to introduce national aid schemes, remedying a serious disturbance in the economy[83]. The communication makes a distinction between otherwise financially sound institutions and those with endogenous problems which require restructuring. With respect to guarantee payments the Commission insists on a core capital ratio of 7 percent and an adequate premium for guarantees and risk assumptions. Although the Commission requires the beneficiaries to desist from aggressive market strategies, it has advocated a more lenient approach towards institutions otherwise financially sound. This explains why the Commission has pursued a rigid approach towards the ailing *Landesbanken*, conditioning its approval on a long-term commitment to refrain from dividend payments (as long as state aid schemes are applied) and to develop plans to go public as a device to end state involvement in regional banking[84]. German savings banks had voiced concerns about

[79] Opinion of the European Central Bank of 17 March 2009 (CON/2009/24) at the request of the German Ministry of Finance on a draft law on the further stabilisation of the financial market.

[80] When the German Federal Government negotiated the Hypo Real Estate rescue package, the European Commission had already made it clear that it was not prepared to rubber-stamp silent fund participations: European Commission Press Release, *State aid: Commission approves German rescue aid package for Hypo Real Estate Holding AG*, Brussels, 2 October 2008 (IP/08/1453); and European Commission informing the German Federal Minister for Foreign Affairs on state aid to the German IKB Bank, Re: Staatliche Beihilfe N 639/2008 – Deutschland Garantiemaßnahme für IKB, Brussels, 22 December 2008 (K(2008) 8987 endgültig.).

[81] European Commission Press Release, *State aid: Commission gives guidance to Member States on measures for banks in crisis, Brussels*, 13 October 2008 (IP/08/1495); European Commission to the German Federal Minister for Foreign Affairs on the state aid package to German banks in accordance with the Financial Market Stabilisation Act, Re Staatliche Beihilfenregelung Nr. 625/2008 – Deutschland/Rettungspaket für Finanzinstitute in Deutschland, Brussels, 12 December 2008 (K(2008) 8629)

[82] European Commission, Communication from the Commission – The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis (2008/C270/02), OJ of 25 October 2008, C 270/8.

[83] Cf. Deselaers/Küpper, *Umstrukturierungsbeihilfen für Banken in der Finanzkrise – neue Welt*, alter Standard, EWS 2009, 212 (p. 214 et seq.).

[84] See Handelsblatt on-line editions, 28 July 2008, „EU zwängt WestLB ins Korsett", and 8 September 2008, „EU-Kommission setzt WestLB unter Druck".

Mai mult chiar, Fondul de Stabilizare trebuie să fie administrat independent de Bundesbank. Serviciile Bundesbank trebuie să fie oferite doar dacă principiile de acoperire a costurilor şi evitarea conflictelor de interese sunt încălcate. Opinia BCE subliniază nevoia de a se abţine de la politicile de tip *beggar-thy-neighbour* (*nota trad. Beggar-thy-neighbour, ori beggar-my-neighbour, este o expresie care descrie o politică ce caută să aducă beneficii economice unei ţări în detrimentul altor ţări),* prin care instituţiile beneficiare ar putea să fie avantajate pe nedrept. Şi în sfârşit, BCE insistă pe o abordare coordonată a statelor membre cu privire la ajutoarele de stat în sectorul bancar, cu scopul de a evita distorsiuni în banking-ul global, prin segmentarea pieţelor. O a doua opinie din 17 martie 2009 reiterează poziţia BCE privind intervenţia guvernului în sectorul bancar[79]: În timp ce exproprierile şi naţionalizările trebuie să fie restricţionate la cazurile în care nu există nici o altă soluţie, rolul statului ca acţionar trebuie să fie limitat în timp, făcând ca strategiile de exit să fie de dorit.

b) Ajutoarele de stat

Comisia Europeană a avut o abordare similară atunci când a evaluat compatibilitatea Legii de Stabilizare a Pieţei Financiare cu regulile Tratatului CE privind ajutoarele de stat[80]. Oficialităţile Comunităţii Europene au simţit că trebuie plătit un preţ pentru injecţiile de capital din fonduri publice (i.e. statul), iar intervenţia Guvernului trebuie redusă de îndată ce condiţiile pieţei permit acest lucru[81]. Mai târziu, în octombrie 2008, Comisia a emis primul său Comunicat Bancar[82]: „Statele membre pot invoca art. 87 alin. (3) lit. b) din Tratatul CE pentru introducerea schemelor de ajutor naţional, remediind o perturbare gravă a economiei[83]". Comunicatul face distincţia între instituţiile altfel financiar sănătoase şi cele cu probleme endogene şi care necesită restructurare. În ceea ce priveşte plăţile garanţiilor, Comisia insistă pe un indicator al capitalului de bază de 7% şi o primă adecvată pentru garanţii şi ipotezele de risc. Deşi Comisia cere beneficiarilor să se abţină de la strategii de piaţă agresive, ea susţine o abordare mai blândă în cazul instituţiilor care altfel sunt sănătoase financiar. Acest lucru explică de ce Comisia a avut o abordare rigidă în faţa băncilor cu probleme, *Landesbanken*, condiţionând aprobarea de un angajament pe termen lung al acestora de a se abţine de la plata dividendelor (atât timp cât se aplică schemele de ajutor de stat) şi de dezvoltarea de planuri

[79] Opinia Băncii Centrale Europene din 17 martie 2009 (CON/2009/24) la cererea Ministerului de Finanţe german privind un proiect de lege pentru stabilizarea suplimentară a pieţei financiare.

[80] Când Guvernul Federal German a negociat pachetul de salvare a Hypo Real Estate, Comisia Europeană deja afirmase clar că nu era pregatită să fie de acord cu participaţiile pasive ale Fondului: European Commission Press Release, *State aid: Commission approves German rescue aid package for Hypo Real Estate Holding AG*, Brussels, 2 octombrie 2008 (IP/08/1453); şi Comisia Europeană informând Ministrul German Federal pentru Afaceri Externe pe problema ajutorului de stat către IKB Bank din Germania, Re: *Staatliche Beihilfe N 639/2008 – Deutschland Garantiemaßnahme für IKB*, Brussels, 22 decembrie 2008 [*K(2008) 8987 endgültig*].

[81] European Commission Press Release, *State aid: Commission gives guidance to Member States on measures for banks in crisis*, Brussels, 13 octombrie 2008 (IP/08/1495); Comisia Europeană către Ministrul German Federal pentru Afaceri Externe privind pachetul de ajutor de stat către băncile germane în conformitate cu Legea Stabilizării Pieţelor Financiare, Re Staatliche Beihilfenregelung Nr. N 625/2008 – *Deutschland/Rettungspaket für Finanzinstitute in Deutschland*, Brussels, 12 decembrie 2008 [K(2008) 8629].

[82] European Commission, Communication from the Commission – *The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis (2008/C270/02)*, OJ of 25 octombrie 2008, C 270/8.

[83] Cf. Deselaers/Küpper, *Umstrukturierungsbeihilfen für Banken in der Finanzkrise – neue Welt, alter Standard*, EWS 2009, p. 212 (p. 214 şi urm.).

increasing competition from state banks which were allegedly able to offer more attractive interest rates after receiving support from the stabilisation fund[85]. With respect to the Commerzbank aid scheme, the Commission requested some divestment measures to counter threats to competition [86]. The bank pledged to pay a market price for obtaining guarantees from the Financial Market Stabilisation Fund[87].

In preparing its second Banking Communication, the Commission recognises that its distinction between illiquid, but otherwise financially sound institutions and those to endogenous problems may be hard to implement under the factual setting of the financial crisis. The Second Banking Communication fleshes out the Commission's attitude towards recapitalisation measures and minimum safeguards against undue distortions of competition[88]. The Communication is careful to mention the Recommendations of the Governing Council of the European Central Bank which request, inter alia, that market-oriented pricing strategies be implemented, including the risk of the individual beneficiary bank and the need to preserve a level playing field between competing banks[89]. The Commission will therefore not interfere where recapitalisations are undertaken at current market rates, provided that the state capital injection is on equal terms with significant participation of private investors. More specific rules apply to fundamentally sound banks. The Commission is prepared to accept remunerations rates for recapitalisation below current market levels, which should not crowd out, however, recapitalisation by the private sector. In the long run, this will usher in a more discriminating approach towards national stabilisation schemes in order to ensure state aid compatibility with EC law.

5. Bad Banks

The European Commission Communication on the treatment of impaired assets in the Community banking sector of March 2009 discerns two basic approaches in dealing relief measures[90]. The segregation approach insulates banks from *toxic assets* by placing the impaired values in an asset management company created for each bank. Alternatively, the State may establish a self-standing institution (the *aggregator bank*) to purchase the impaired assets of either an individual bank or the banking sector. Under the insurance approach, the State would

[85] German Federal Ministry of Finance, Press Release, 8 April 2009, *Wettbewerb bleibt erhalten – Keine Benachteiligung von Sparkassen und Genossenschaftsbanken.*

[86] Commerzbank was required to sell its Eurohypo subsidiary: Handelsblatt – on-line edition, 7 May 2009, *EU genehmigt Staatshilfen für Commerzbank.*

[87] Commerzbank Press Release, October/November 2008, *Sonderfonds – Commerzbank nutzt Regierungspaket und sichert Wettbewerbsfähigkeit.*

[88] European Commission, Communication from the Commission – Temporary Community framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis (2009/C 83/01), O)J of 7 April 2009, C 83/1.

[89] See European Commission Press Release, State aid: Commissioner Kroes announces guidance for bank recapitalisation and guarantee schemes, Brussels, 7 October 2008 (MEMO/08/608).

[90] Annex to the Communication on the different approaches to asset relief and experience with the use of bad-bank solutions in the United States, Sweden, France, Italy, Germany, Switzerland and the Czech Republic, O.J. of 26 March 2009, C 72/1 et seq. See also: European Commission Press Release, *State aid: Commission approves guidance for the treatment of impaired assets in the EU banking sector*, Brussels 25 February 2009 (IP/09/322).

de listare la bursă, ca mijloc de a înceta implicarea statului în banking-ul regional [84]. Băncile germane de economii şi-au exprimat îngrijorările cu privire la concurenţa în creştere din partea băncilor de stat despre care se spune că ar fi capabile să ofere rate ale dobânzilor mai atractive, după ce au primit suport de la Fondul de Stabilizare[85]. În ceea ce priveşte schema de ajutor pentru Commerzbank, Comisia a cerut o serie de măsuri de dezinvestire (*engl. divestment*), pentru a contracara ameninţările concurenţei[86]. Banca s-a angajat să plătească un preţ de piaţă pentru a obţine garanţii de la Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare[87].

În pregătirea celui de-al doilea Comunicat Bancar, Comisia a recunoscut că distincţia sa între instituţii fără lichiditate suficientă dar altfel sănătoase financiar şi cele cu probleme endogene poate fi dificil de implementat, luând în considerare desfăşurarea faptelor în criza financiară. Al doilea Comunicat Bancar dă substanţă atitudinii Comisiei privind măsurile de recapitalizare şi măsurile de salvare minime contra unor distorsiuni nedorite ale concurenţei[88]. Comunicatul are grijă să menţioneze Recomandările Consiliului de Conducere (*engl. Governing Council*) al Băncii Centrale Europene care cer, *inter alia*, să fie implementate strategii de pricing orientate spre piaţă, incluzând riscul unei bănci beneficiare individuale şi nevoia de a păstra şanse egale între toate băncile concurente[89]. De aceea, Comisia nu va interfera acolo unde există angajamente de recapitalizări la ratele curente ale pieţei, dacă injecţia de capital de la stat este pe picior de egalitate cu participaţiile semnificative ale investitorilor privaţi. Reguli mai specifice se aplică băncilor fundamental sănătoase. Comisia este pregătită să accepte rate de remunerare pentru recapitalizare sub nivelele curente din piaţă, care nu trebuie, însă, să nu permită accesul recapitalizării prin sectorul privat. În cele din urmă, acest lucru va fi ghidat printr-o abordare mai discriminatoare a schemelor naţionale de stabilizare, cu scopul de a asigura compatibilitatea ajutorului de stat cu legislaţia CE.

5. Băncile cu probleme

Comunicatul Comisiei Europene din martie 2009, atunci când se ocupa de tratamentul activelor devalorizate (*engl. impaired assets*) din sectorul bancar comunitar, discernea două abordări de bază în tratarea măsurilor de asistenţă[90]. Abordarea prin segregare izolează băncile de *activele lor toxice*, plasând valorile activelor devalorizate într-o companie de gestionare a

[84] Vezi Handelsblatt on-line editions, , *EU zwängt WestLB ins Korsett*, 28 iulide 2008 şi, *EU-Kommission setzt WestLB unter Druck*, 8 septembrie 2008.

[85] Ministerul de Finanţe Federal German, *Wettbewerb bleibt erhalten – Keine Benachteiligung von Sparkassen und Genossenschaftsbanken*,Press Release, 8 aprilie 2009.

[86] I s-a cerut lui Commerzbank să-şi vândă subsidiara Eurohypo: Handelsblatt – on-line edition, *EU genehmigt Staatshilfen für Commerzbank*, 7 mai 2009

[87] Commerzbank Press Release, *Sonderfonds – Commerzbank nutzt Regierungspaket und sichert Wettbewerbsfähigkeit*, octombrie/noiembrie2008.

[88] European Commission, Communication from the Commission – Temporary Community framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis (2009/C 83/01), O)J 7 aprilie 2009, C 83/1.

[89] Vezi European Commission Press Release, *State aid: Commissioner Kroes announces guidance for bank recapitalisation and guarantee schemes*, Brussels, 7 octombrie 2008 (MEMO/08/608).

[90] Anexa la Comunicatul privind abordările diferite ale salvării activelor şi experienţa utilizării de soluţii pentru băncile în dificultate în SUA, Suedia, Franţa, Italia, Germania, Elveţia şi Republica Ceha, O.J. din 26 martie 2009, C 72/1 şi urm. Vezi, de asemenea, European Commission Press Release, *State aid: Commission approves guidance for the treatment of impaired assets in the EU banking sector*, Brussels, 25 februarie 2009 (IP/09/322).

administer an insurance scheme whereby the banks retain impaired assets but are indemnified against the losses.

On 10 July 2009, the Bundesrat, the second legislative chamber, approved the German statute on bad banks. In amending the October 2008 law on the Financial Market Stabilisation Fund, the German Parliament has opted for a model that relieves the balance sheets of banks from the negative effects of complex securitisation transactions[91]. The market value of structured securities such as asset backed securities, collateralized loan obligations and collateralized debt obligations is currently difficult to assess, hence the need to contain the credit and liquidity risks by removing *toxic assets* from the banks[92]. It is the hope of the Federal Government that the new bad banks statute will provide manoeuvring space for the banks by reducing their depreciation risks[93]. Nonetheless, the statute does not go as far as addressing the banks fundamental refinancing problems. Instead, it focuses on two types of management companies which would receive distressed assets from private banks and the *Landesbanken* respectively. Under the statutory scheme for distressed private banks, the bank places its toxic assets in the *bad bank company* at 90 percent of their book value[94]. The bank would then receive corresponding guarantees from the Financial Market Stabilisation Fund. These guarantees will only be available at a fee to be paid the Fund. Conversely, the distressed bank has to set aside reserves to cover the difference between the book value and fair value of the toxic asset. A *Landesbank* may remove a complete branch of its former business activities to an agency of the (Federal) Financial Market Stabilisation Fund or a comparable institution at state (*Land*) level[95]. In the current economic climate it is a matter of conjecture whether the new statute will have a lasting effect on German banks. It has been observed that the statute is unhelpful in attracting new investors as the outsourcing of toxic assets squares badly with the notion of market transparency and foreseeability[96].

6. Outlook

The German regulatory response to the financial crisis is much informed by a learning-by-doing approach. Emergency measures proceed on a short-term perspective, begging the question whether the Government should not develop a more comprehensive policy approach. So far, Germany's regulatory authorities have refrained from implementing a *stress test analysis* comparable to the supervisory capital assessment programme of the US[97]. In July 2009 the

[91] See the model published on the website of German Federal Ministry of Finance, *Wie funktioniert das „Bad Bank-Modell*, 3 July 2009 (http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_3378/DE/Buergerinnen_und_Buerger/ Gesellschaft_und_Zukunft /finanzkrise/1300509_BadBank.html).

[92] Cf. the official statement of reasons for submitting a law on bad banks to the Bundestag, the first chamber of the German Parliament: Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drucksache 16/13297, p. 8 et seq. (Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung – Amtliche Begründung).

[93] *Idem*, at p. 8.

[94] See art. 1 (6) of the new Law.

[95] See art. 1 (7) of the new Law.

[96] Kaserer, *Bad Solution – warum Steinbrücks Plan nicht funktionieren wird – Ökonomischer Gastkommentar*, Handelsblatt – on-line edition, 11 May 2009.

[97] See: US Board of Governors of the Federal Reserve System, The Supervisory Capital Assessment Program: Design and Implementation, Washington, D.C., 24 April 2009; and joint statement by US Treasury Secretary Geithner, Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System *Bernanke*, Chairman of the Federal Deposit

activelor (*engl. asset management company*), creată pentru fiecare bancă în parte. Alternativ, statul poate crea o instituţie de sine stătătoare (bancă agregator – engl. *aggregator bank*) pentru a achiziţiona activele devalorizate fie ale unei bănci luate individual fie ale întregului sector bancar. În abordarea prin asigurare, statul va administra o schemă de asigurare prin care băncile reţin activele devalorizate dar sunt asigurate contra pierderilor.

În 10 iulie 2009, Bundesrat – a doua cameră legislativă, a aprobat legea germană a băncilor cu probleme. Modificând legea din octombrie 2008 privind Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare, Parlamentul german a optat pentru un model care eliberează bilanţurile băncilor de efectele negative ale tranzacţiilor complexe de securitizare[91]. Valoarea de piaţă a valorilor mobiliare structurate cum ar fi titlurile garantate cu active (*engl. asset-backed securities*), derivativele de tipul *collateralized loan obligations* (*nota trad. Collateralized loan obligations – CLOs sunt o formă de securitizare în care plăţile mai multor credite acordate clienţilor corporatişti sunt agregate şi transferate diferitelor clase de proprietari în diferite tranşe*) şi derivativele de tipul *collateralized debt obligations* (*nota trad. engl. Collateralized debt obligations – CDOs constituie un tip structurat de titluri garantate cu active - asset-backed securities – ABSs, a căror valoare şi plăţi sunt derivate dintr-un portofoliu de actve suport cu venit fix; CDOs sunt împărţite în clase diferite de risc, sau tranşe, unde tranşele senior sunt considerate cele cu riscul cel mai scăzut*) sunt în prezent dificil de evaluat, de aici nevoia de a limita riscul de credit şi cel de lichiditate prin îndepărtarea *activelor toxice* din bănci[92]. Guvernul Federal spera ca noua lege a băncilor cu probleme să furnizeze spaţiu de manevră pentru bănci, reducându-le riscurile de depreciere[93]. Totuşi însă, legea nu merge atât de departe încât să se ocupe de problemele fundamentale de refinanţare ale băncilor. În loc de asta, legea se concentrează pe două tipuri de companii de administrare care vor primi activele cu probleme (*engl. distressed assets)* de la băncile private şi respectiv de la *Landesbanken*. Conform schemei juridice pentru băncile private aflate în dificultate, banca îşi plasează activele toxice în *compania băncii cu probleme* (*engl. bad-bank company*) la 90% din valoarea lor contabilă[94]. Apoi banca va primi garanţii corespunzătoare de la Fondul de Stabilizare a Pieţei Financiare. Aceste garanţii vor fi disponibile doar contra unui comision care se plăteşte Fondului. Şi invers, banca în dificultate trebuie să pună deoparte rezerve care să acopere diferenţa dintre valoarea contabilă şi valoarea justă a activului toxic. O *Landesbank* poate da un întreg domeniu din fostele sale linii de afaceri unei agenţii a Fondului (Federal) de Stabilizare a Pieţei Financiare ori unei instituţii comparabile la nivel de land (*Land*)[95]. În climatul economic curent, constituie o problemă de conjunctură dacă noua lege va avea un efect de durată asupra băncilor germane sau nu. S-a observat că legea nu este de ajutor în a atrage noi investitori, căci externalizarea activelor toxice nu se prea potriveşte cu noţiunea de transparenţă şi previzibilitate a pieţei[96].

[91] Vezi modelul publicat pe website-ul Ministerului de Finante Federal German, *Wie funktioniert Das „Bad Bank-Modell"*, 3 iulie 2009. (http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_3378/DE/Buergerinnen_und_Buerger/Gesellschaft_und_Zukunft /finanzkrise/1300509_BadBank.html).

[92] Cf.Declaraţia oficială a motivelor pentru prezentarea unei legi privind băncile cu probleme în faţa Bundestag-ului, prima cameră a Parlamentului german: Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drucksache 16/13297, p. 8 şi urm. (Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung – Amtliche Begründung).

[93] *Idem*, p. 8.

[94] Vezi art. 1 (6) al noii Legi.

[95] Vezi art. 1 (7) al noii Legi.

[96] Kaserer, *Bad Solution – warum Steinbrücks Plan nicht funktionieren wird – Ökonomischer Gastkommentar*, Handelsblatt – on-line edition, 11 mai 2009.

Federal Ministry of Finance and BaFin addressed some of the accounting problems of banks: German banks are now relieved from increasing their capital if the fluctuating value of credits would normally call for a more conservative approach towards valuation[98]. It is one of the lessons of the crisis that accounting and disclosure rules need to be strengthened and that international rules on bank capital maintenance have to include an anti-cyclical element[99]. Both, the Basel Committee on Banking Supervision and the Committee of European Banking Supervision are studying how to improve the internal value-at-risk models within banks[100] and provide for liquidity buffers enabling banks to survive stress periods[101]. There is also agreement that banking surveillance has to include a macro-prudential element[102]. Recently, Germany enacted a law on improving regulatory oversight in the banking and insurance industries[103]. What is difficult, however, is to decide when short-term emergency measures should be phased out for the benefit of a long-term policy perspective.

CENTRAL EUROPEAN UNIVERSITY LIBRARY

Insurance Corporation *Bair*, and Comptroller of the Currency *Dugan*, on The Treasury Capital Assistance Program and the Supervisory Capital Assessment Program, Washington, D.C., 6 May 2009 (http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/20090506a.htm).

[98] Handelsblatt, 8 July 2009, *Bank-Entlastung verzweifelt gesucht*; Süddeutsche Zeitung, 8 July 2009, *Steinbrück verschafft Banken Luft*; for an (earlier) equivalent in US accounting rules cf. Financial Times – ft.com (on-line edition), 2 April 2009, *Non-US banks to miss out after accounts shift*; for an analysis of the implications of the financial crisis for accounting: Zwirner, *Finanzkrise – Auswirkungen auf die Rechnungslegung*, Der Betrieb 2009, 353 et seq.

[99] See the assessment in Financial Services Authority, *A regulatory response*, supra N. 8, p. 74 et seq., and the Recommendations by the Financial Stability Forum, Report of the Financial Stability Forum on Adressing Procyclicality in the Financial System, 2 April 2009.

[100] Bank for International Settlements, Basel Committee on Banking Supervision Consultative Document, Proposed revisions to the Basel II market risk framework, July 2008.

[101] Cf. Committee of European Banking Supervisors, Consultation Paper Liquidity Buffers & Survival Periods (CEBS CP 28), July 2009. See also the amended minimum requirements for risk management procedures within banks and other financial institutions, issued by the German BaFin, Rundschreiben 15/2009 (BA) of 14 August 2009 (Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk/ MaRisk – Veröffentlichung der Neufassung (Anschreiben an die Verbände) of 14 August 2009.

[102] Financial Services Authority, The Turner Review – *A regulatory response to the global financial crisis*, London, March 2009, p. 83 et seq.

[103] Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht (FMVAStärkG) of 29 July 2009, BGBl. I 2305. Cf. the comment by Hüther, *Die Finanzaufsicht braucht mehr Kompetenz*, Handelsblatt, 6 March 2009, emphasising the need for a meaningful implementation of the surveillance laws. There is also an ongoing debate to what extent the rules on corporate governance of banks and remuneration for directors have to be further fleshed out.

6. Perspective

Răspunsul organismului german de reglementare la criza financiară este rezultatul unei abordări de tipul *învaţăm făcând*. Măsurile de urgenţă acţionează dintr-o perspectivă pe termen scurt, cerând răspuns la întrebarea dacă Guvernul nu ar trebui să dezvolte o abordare prin politici mai cuprinzătoare. Până acum, autorităţile germane de reglementare s-au abţinut de la a implementa o analiză de test la stres comparabilă cu programul de evaluare a capitalului de supraveghere din SUA[97]. În iulie 2009, Ministerul Federal de Finanţe şi BaFin au tratat o parte din problemele contabile ale băncilor: acum, băncile germane sunt degrevate de la a-şi mări capitalul, dacă valoarea fluctuantă a creditelor va cere în mod normal o abordare mai conservatoare a evaluării[98]. Este una din lecţiile crizei, respectiv faptul că regulile contabile şi de dezvăluire de informaţii trebuie să fie întărite şi că regulile internaţionale privind menţinerea capitalului băncilor trebuie să includă un element anticiclic[99]. Atât Comitetul de la Basel pentru Supraveghere Bancară cât şi Comitetul Supraveghetorilor Bancari Europeni studiază cum să îmbunătăţească modelele interne de VAR (*engl. value-at-risk*) în bănci[100] şi să furnizeze tampoane de lichiditate care să permită băncilor să supravieţuiască perioadelor de stres[101]. Aceste instituţii sunt de acord şi cu privire la faptul că supravegherea bancară trebuie să includă şi un element macro-prudenţial[102]. Recent, Germania a promulgat o lege privind îmbunătăţirea monitorizării în reglementare în industria bancară şi în industria de asigurări[103]. Totuşi însă, ceea ce este dificil este a decide momentul în care măsurile de urgenţă pe termen scurt să fie retrase succesiv, în beneficiul unei perspective de politică pe termen lung.

Versiunea în limba română dr. Flavia Toader

---

[97] Vezi: US Board of Governors of the Federal Reserve System, *The Supervisory Capital Assessment Program: Design and Implementation*, Washington, D.C., 24 aprilie 2009; şi declaraţia comună a US Treasury Secretary *Geithner*, Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System Bernanke, Chairman of the Federal Deposit Insurance Corporation Bair, si Comptroller of the Currency Dugan, privind *The Treasury Capital Assistance Program and the Supervisory Capital Assessment Program*, Washington, D.C., 6 mai 2009 (http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/20090506a,htm).

[98] Handelsblatt, 8 iulie 2009, *Bank-Entlastung verzweifelt gesucht*; Süddeutsche Zeitung, 8 iulie 2009, *Steinbrück verschafft Banken Luft*; pentru un echivalent mai timpuriu în regulile contabile SUA. cf. Financial Times – ft.com (on-line edition), 2 aprilie 2009, *Non-US banks to miss out after accounts shift*; pentru o analiză a implicaţiilor crizei financiare pentru contabilitate: Zwirner, *Finanzkrise – Auswirkungen auf die Rechnungslegung*, Der Betrieb 2009,p. 353 şi urm.

[99] Vezi evaluarea în Financial Services Authority, *A regulatory response*, supra N. 8, p. 74 et seq., si Recommendations by the Financial Stability Forum, Report of the Financial Stability Forum on Adressing Procyclicality in the Financial System, 2 aprilie 2009.

[100] Bank for International Settlements, Basel Committee on Banking Supervision Consultative Document, Proposed revisions to the Basel II market risk framework, iulie 2008.

[101] Cf. Committee of European Banking Supervisors, Consultation Paper Liquidity Buffers & Survival Periods (CEBS CP 28), iulie 2009. Vezi de asemeena cerinţele minime modificate pentru procedurile de gestionare a riscului în bănci şi alte instituţii financiare, emise de catre German BaFin, Rundschreiben 15/2009 (BA) din 14 august 2009 – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk/ MaRisk – Veröffentlichung der Neufassung (Anschreiben an die Verbände) din 14 august 2009.

[102] Financial Services Authority, The Turner Review – *A regulatory response to the global financial crisis*, London, martie 2009, p. 83 şi urm.

[103] Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt – und der Versicherungsaufsicht (FMVAStärkG) din 29 iulie 2009, BGBl. I 2305. Cf. Comentariul lui Hüther, *Die Finanzaufsicht braucht mehr Kompetenz, Handelsblatt*, 6 martie 2009, subliniind nevoia unei implementări raţionale a legilor privind supravegherea. Mai există şi o dezbatere continuă privind în ce măsură regulile de guvernanţă corporatistă a băncilor şi remunerarea directorilor trebuie să fie clarificate şi mai mult.

The insolvency procedure – action in avoidance of fraudulent acts concluded by the debtor to the detriment of creditors

Valeria NISTOR
Legal Advisor
National Agency for Fiscal Administration

1. Legal framework:

Law no. 85/2006 on the insolvency procedure[1] – with subsequent amendments and supplementations, regulates the situation of the debtor's legal acts (Section IV); in this section, the actions for an action in avoidance of fraudulent acts concluded by the debtor to the detriment of creditors' rights, in the 3 years before the opening of the procedure are expressly regulated.

This is the only normative act which, currently, regulates this type of action for the action in avoidance of some transactions which were concluded to the detriment of creditors – before the coming into force of Law no. 85/2006, these aspects were regulated by Law no. 64/1995 on the procedure of judicial reorganization and bankruptcy[2], republished, with subsequent amendments and supplementations.

As such, if the liquidation is performed under Law no. 31/1990 on trading companies[3] – republished, with subsequent amendments and supplementations, or following the enforcement of some provisions in special normative acts – Law no. 359/2004 on the simplification of formalities when registering with the Trade Register natural persons, family associations and legal persons, their fiscal registering, as well as the licensing of legal persons' operating[4], we cannot formulate a petition for an action in avoidance of the transactions fraudulently concluded by the debtor to the detriment of creditors.

---

[1] Law no. 85/2006 on the insolvency procedure was published in the Romanian Official Gazette, Part I no. 359 of 21 April 2006 and came into force on 21 July 2006. Law no. 85/2006 was amended by Government Emergency Ordinance no. 86/2006 on the organizing of the business of insolvency practitioners and via Government Emergency Ordinance no. 173/2008 to amend and supplement Law no. 85/2006 on insolvency procedure. The Law to approve Government Emergency Ordinance no. 173/2008 is currently in the Chamber of Deputies and amendments have been formulated, so that, maybe, Law no. 85/2006 can be amended further during 2009.

[2] Law no. 64/1995 on judicial reorganisation procedure and bankruptcy was republished in the Romanian Official Gazette, Part I no. 1066 of 17 November 2004, subsequently amended via Law no. 249/2005. Law no. 64/1995 was in force until 20 July 2006.

[3] Law no. 31/1990 on trading companies was republished in the Romanian Official Gazette, Part I no. 1066 of 17 November 2004. Law no. 31/1990 was further amended after its republication via Law no. 302/2005, Law no. 164/2006, Law no. 441/2006, Government Emergency Ordinance no. 82/2007, Government Emergency Ordinance no. 52/2008, Law no. 284/2008 and Law no. 88/2008. Considering the numerous amendments to Law no. 31/1990 since its latest republication and to date (7 amendments), the Ministry for Justice and Citizens' Freedom is preparing a new republication of this law.

[4] Law no. 359/2004 on the simplification of formalities when registering with the Trade Registrar natural persons, family associations and legal persons, their fiscal registration, as well as the licensing of the operating of legal persons was published in the Romanian Official Gazette, Part I nr. 839 of 13 September 2004.

Procedura insolvenței – anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor

Valeria NISTOR
Consilier juridic,
Agenția Națională de Administrare Fiscală

1. Cadrul legal:

Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței[1], cu modificările și completările ulterioare reglementează situația unor acte juridice ale debitorului (Secțiunea a IV-a) și în mod expres, în cadrul acestei secțiuni, acțiunile pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Acesta este singurul act normativ care reglementează în prezent acest tip de acțiuni în anularea unor tranzacții care au fost încheiate în dauna creditorilor – înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006, aceste aspecte erau reglementate de Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului[2], republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Prin urmare, în situația în care lichidarea se face în condițiile Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale[3], republicată, cu modificările și completările ulterioare sau ca urmare a aplicării prevederilor din acte normative speciale – Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice[4], nu se poate formula o cerere de anulare a tranzacțiilor încheiate de către debitor în frauda creditorilor.

---

[1] Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 359 din 21 aprilie 2006 și a intrat în vigoare începând cu data de 21 iulie 2006. Legea nr. 85/2006 a fost modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență și prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 173/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Legea de aprobare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 173/2008 se află în prezent în Camera Deputaților și au fost formulate amendamente, astfel încât este posibil ca Legea nr. 85/2006 să mai sufere o serie de modificări în cursul anului 2009.

[2] Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului a fost republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, fiind ulterior modificată prin Legea nr. 249/2005. Legea nr. 64/1995 a fost în vigoare până în 20 iulie 2006.

[3] Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale a fost republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004. Legea nr. 31/1990 a mai fost modificată după republicare prin Legea nr. 302/2005, Legea nr. 164/2006, Legea nr. 441/2006, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 82/2007, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 52/2008, Legea nr. 284/2008 și prin Legea nr. 88/2008. Având în vedere numeroasele modificări suferite de Legea nr. 31/1990 de la ultima republicare până în prezent (7 modificări), Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești pregătește o nouă republicare a acestei legi.

[4] Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice a fost publicată în M. Of. nr. 839 din 13 septembrie 2004.

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2. The time period during which an action in avoidance can be formulated for the fraudulent acts concluded to the detriment of creditors:

In the insolvency procedure – both in case of judicial reorganization, as well as in case of bankruptcy – set forth in the general procedure as well as in the simplified one, the receiver/liquidator can take measures for an action in avoidance for some transactions concluded in the 3 years before the procedure opening, on condition that they had been concluded to the detriment of creditors.

Therefore, the first condition which must be fulfilled is that the debtor be able of judicial reorganization or bankruptcy (the bankruptcy general procedure or the simplified procedure). So, if the debtor is only in insolvency in the supervision period (until the debtor enters either reorganization or bankruptcy) such an action cannot be formulated, and as such, this action shall be ignored, being considered to have been abortively formulated.

The action in avoidance for the fraudulent acts concluded by the debtor to the detriment of creditors, as well as for the acts performed in order to avoid the establishing or transfer of patrimonial rights, can be introduced in a delay of one year and 60 days since the date of the procedure opening, but no later than 18 months since the date of the procedure opening.

3. Persons who have the right to formulate an action in avoidance for fraudulent acts and judgement competence:

The action in avoidance for fraudulent acts concluded by the debtor to the detriment of creditors' right, in the 3 years before the procedure opening can be introduced only by the receiver or, as the case may be, the liquidator.

Such actions are in the exclusive competence of being solved by a syndic judge who instruments also the file which deals with the judicial reorganization or the bankruptcy of that respective debtor.

If the receiver or the liquidator does not introduce such an action, the creditors' committee can introduce such an action with the syndic judge.

As such, the active trial legitimacy in this type of action belongs to the receiver and respectively, the liquidator and, if they do not introduce such an action, to the creditors' committee.

As regards the passive trial quality in such actions in avoidance, it belongs to the debtor and, as the case may be, to his/her co-contracting party. The debtor shall be cited, in this case, as defendant by the special receiver.

4. Types of actions for which an action in avoidance can be requested, being considered fraudulent, concluded to the detriment of creditors:

The receiver or, as the case may be, the liquidator can introduce actions in avoidance for the following juridical acts represented by establishments or transfers of patrimonial rights to third parties:

2. Perioada în care poate fi formulată acțiunea în anularea actelor frauduloase încheiate în dauna creditorilor:

În cadrul procedurii insolvenței – atât în cazurile de reorganizare judiciară, cât şi în cele de faliment, prevăzute atât de procedura generală, cât şi de cea simplificată, administratorul judiciar/lichidatorul poate să ia măsuri de anulare a unor tranzacții încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, cu condiția ca acestea să fi fost încheiate în dauna creditorilor.

Prin urmare, prima condiție care trebuie să fie îndeplinită, este aceea ca debitorul să se afle în stare de reorganizare judiciară sau de faliment (procedură generală sau procedura simplificată de faliment). Astfel, în situația în care debitorul se află doar în stare de insolvență – perioada de supraveghere (până la intrarea debitorului fie în reorganizare, fie în faliment) nu poate fi formulată o astfel de acțiune, aceasta urmând să fie respinsă, ca fiind prematur formulată.

Acțiunea pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor, precum şi pentru anularea constituirilor sau transferurilor de drepturi patrimoniale, poate fi introdusă în termen de un an şi 60 de zile de la data deschiderii procedurii, dar nu mai târziu de 18 luni de la data deschiderii procedurii.

3. Persoane care au dreptul să formuleze acțiunea pentru anularea actelor frauduloase şi competența de judecată:

Acțiunea pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii poate fi introdusă numai de către administratorul judiciar sau, după caz, lichidator.

Acțiunile de acest tip sunt în competența exclusivă de soluționare a judecătorului-sindic care instrumentează şi dosarul care are ca obiect reorganizare judiciară sau falimentul respectivului debitor.

În situația în care administratorul judiciar sau lichidatorul nu introduce o astfel de acțiune, comitetul creditorilor poate introduce la judecătorul-sindic o astfel de acțiune.

Prin urmare, legitimarea procesuală activă în acest tip de acțiuni aparține administratorului judiciar şi, respectiv, lichidatorului, iar în cazul în care aceştia nu introduc o astfel de acțiune, comitetului creditorilor.

În ceea ce priveşte calitatea procesuală pasivă în acest tip de acțiuni în anulare aparține debitorului şi, după caz, cocontractantul său. Debitorul va fi citat, în acest caz, în calitate de pârât prin administratorul special.

4. Tipuri de acte pentru care se poate solicita anularea, fiind considerate frauduloase, încheiate în dauna creditorilor:

Administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce acțiuni pentru anularea următoarelor actele juridice reprezentate de constituiri ori a transferuri de drepturi patrimoniale către terți:

BCU IAŞI CENTRALA UNIVERSITARĂ

a) Actions of free-of-charge transfers, conducted during the 3 years before the procedure opening

In these transfer acts, we can have sponsorships[5], donations or assignments of patrimonial rights, which, at the time of the assignment, were considered as having no value[6].

Law no. 85/2006 exempts from this listing the sponsorships with an obvious humanitarian goal[7].

b) *Commercial operations where the debtor's delivery exceeds in an obvious manner the received benefits, performed during the 3 years before the procedure opening*

These types of operations have been frequently abolished by the syndic judges starting with 2007[8].

c) *The acts concluded during the 3 years before the procedure opening, with the intention of all parties involved to misappropriate goods from the creditors' proceedings or to damnify in any other way their rights*

In this act classification, we have, for example, the alienation of goods at their book value, although it is obvious that their market value is higher than their book value.

d) Acts of ownership transfer to a creditor in order to settle a previous debt or for his/her benefit, conducted during the 120 days previous to the procedure opening, if the amount that the creditor could get in case of the debtor's bankruptcy is smaller than the value of the transfer act

In practice, there were understandings of the debtor with some of his/her collaborators, in order to settle with priority certain debts. Considering the fact that the slowing down of the procedure is possible with the purpose of exceeding the delay of 120 days[9], there were rather few cases when these types of acts have been avoided. Nevertheless, this type of understanding with some of the business partners is very risky for the members of the debtor's management bodies and for the respective creditor as well.

e) The establishing or agreeing upon a real security for a claim depending on a simple contract during the 120 days before the procedure opening

Such cases have been very rare in practice, but they are regulated in order not to prejudice creditors.

---

[5] In practice, there were cases when the debtor sponsored substantially, even more than the value which can be deducted fiscally. Besides the effect on taxation, reflected by the obligation to pay additional sums to the state budget, the court found the fact that a sponsorship contract of a sport team, for example, was concluded to the detriment of creditors, as they had no avail from the sum of this money in this manner or from displaying the debtor's name on the sport equipment.

[6] Another case when the transaction can call for an action in avoidance is the transfer of certain rights which are not mentioned in the accounts, although it was obvious that they are patrimonial (for instance the right upon players, which belongs to a sport team, before entering insolvency).

[7] This exception is natural, as it is obvious that the sums or goods donated for humanitarian causes cannot be recovered any more. .

[8] In practice, there are famous examples where, after a liquidation conducted by the Authority for State Assets Recovery as majority shareholder of a trading company, the liquidator in the bankruptcy procedure requested the action in avoidance for this transaction, as it was concluded at a price too small compared to the market price.

[9] The debtor receives the summons and, from that moment, he/she is aware that the insolvency procedure can be opened. He can slow down the judgement of the application to open the procedure until the 120 period is exceeded and thus the enforcement of this article is no longer possible.

a) Actele de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

În cadrul acestor acte de transfer se pot regăsi sponsorizări[5], donaţii sau cesiuni de drepturi patrimoniale, care la momentul cesiunii au fost considerate fără valoare[6].

Legea nr. 85/2006 exceptează din cadrul acestei enumerări sponsorizările în scop umanitar[7];

b) Operaţiuni comerciale în care prestaţia debitorului depăşeşte vădit pe cea primită, efectuate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Acest tip de operaţiuni au fost frecvent desfiinţate de către judecătorii-sindici începând cu anul 2007[8];

c) Acte încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenţia tuturor părţilor implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori sau de a le leza în orice alt fel drepturile.

În această clasificare a actelor se încadrează, spre exemplu, înstrăinarea bunurilor la valoare din contabilitate, deşi era evident că valoarea de piaţă a acestora era mai mare decât cea din contabilitate;

d) Acte de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obţină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer;

În practică au existat înţelegeri ale debitorului cu o parte din colaboratorii săi, pentru a stinge prioritar anumite datorii. Având în vedere faptul că este posibilă tergiversarea procedurii pentru a depăşi termenul de 120 de zile[9], au fost destul de puţine cazuri în care acest tip de acte au fost anulate. Cu toate acestea, tipul acesta de înţelegeri cu o parte din partenerii de afaceri sunt foarte riscante pentru membrii organelor de conducere ale debitorului şi pentru creditorul respectiv;

e) Constituirea ori perfectarea unei garanţii reale pentru o creanţă care era chirografară, în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii;

Cazurile de acest tip au fost extrem de rare în practică, dar sunt reglementate pentru a nu fi prejudiciaţi creditorii;

---

[5] În practică au existat cazuri în care debitorul a făcut sponsorizări substanţiale, chiar peste valoarea care poate să fie dedusă din punct de vedere fiscal. Pe lângă efectul în sfera fiscalităţii, reflectat prin obligaţia de a plăti sume suplimentare la bugetul de stat, instanţa a constatat şi faptul că un contract de sponsorizare a unei echipe sportive, spre exemplu, a fost încheiat în dauna creditorilor, deoarece aceştia nu au avut nici un folos din folosirea acestor bani în acest mod sau din afişarea denumirii debitorului pe echipamentele sportive.

[6] Un alt caz în care tranzacţia poate să fie anulată este cel al cesiunii anumitor drepturi care nu sunt trecute în contabilitate, deşi era evident că sunt patrimoniale (spre exemplu dreptul asupra jucătorilor, ce aparţinea unei echipe sportive, înainte de a intra în stare de insolvenţă).

[7] Această exceptare este firească, deoarece este evident că sumele sau bunurile donate în scopuri umanitare nu mai pot fi recuperate.

[8] În practică există exemple de notorietate în care după o lichidare efectuată de către Autoritatea pentru Valorificarea Activelor Statului, în calitate de acţionar majoritar la o societate comercială, lichidatorul din cadrul procedurii falimentului a solicitat anularea acestei tranzacţii, ca fiind încheiată la un preţ mai mic decât preţul pieţei.

[9] Debitorul primeşte citaţia şi din acel moment are cunoştinţă de faptul că poate fi deschisă procedura insolvenţei. El poate să tergiverseze judecarea cererii de deschidere a procedurii până depăşeşte termenul de 120 de zile şi astfel nu mai este posibilă aplicarea acestui articol.

f) Early repayments of debts, made during the 120 days before the procedure opening, if their maturity had been set for a date subsequent to the procedure opening;

Such types of acts have also been extremely rare, considering the fact that maturity is set by parties' mutual agreement, just like the delay of 120 days mentioned above.

g) Transfer acts or the assumption of the debtor's obligations during a period of 2 years before the date of the procedure opening, with the intention to hide/slow down insolvency;

This type of act too has not been in avoidance in the practice of law courts. We must mention that this reason for an action in avoidance of fraudulent acts was regulated by Law no. 85/2006 and it came into force only after 21 July 2006. Thus, the inexistence of judicial practice in this field is justified, taking into account the fact that the acts whose action in avoidance could have been requested were issued after this date by a debtor who subsequently became insolvent.

h) The acts concluded by the debtor with a sleeping partner or with an associate who holds at least 20% of the trading company's share capital or, as the case may be, of the voting rights in the associates' general meeting, when the debtor is the respective partnership, respectively a collective or limited liability farm, on condition that it prejudiced creditors;

These types of acts can be in avoidance only if they are concluded in order to fraud creditors. Considering the fact that fraud must be proven via evidence (documents, expertises etc.) it is rather difficult to prove compliance with these conditions.

i) The acts concluded by the debtor with a member or administrator, when the debtor is a group of economic interest, if they are to the detriment of creditors;

In this type of business also there is no relevant judicial practice, but, in the context of the current economic crisis, debtors might conclude such acts to the detriment of creditors.

j) The acts concluded by the debtor with a shareholder holding at least 20% of the debtor's shares or, as the case may be, from the voting rights in the shareholders' general meeting, when the debtor is the respective joint stock company, if they are to the detriment of creditors;

In this situation, the legislator has considered that such acts are concluded by a shareholder who has a control position upon the debtor and this is the reason why the legislator considered that the conclusion of such acts to the detriment of creditors must be actions in avoidance, without compliance of any other condition. In the law courts' practice, there were cases of action in avoidance for the observance of this condition.

k) The acts concluded by the debtor with an administrator, director or member of the debtor's supervisory bodies, cooperative company, limited liability joint stock company or, as the case may be, farm, if they are to the detriment of creditors;

In this case, the legislator considered that such acts are concluded by the debtor with a person who has actual management responsibilities of the company, acting, as a rule, based on a mandate contract; this is the reason why it was considered that the conclusion of such acts to the detriment of creditors must be actions in avoidance, without compliance with any other condition. In law courts' practice, there have been numerous cases of actions in avoidance for transactions of this type.

BCU CLUJ / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

f) Plăţile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă scadenţa lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii;

Şi aceste tipuri de acte au fost extrem de rare, având în vedere faptul că scadenţa se stabileşte prin acordul părţilor, cât şi termenul de 120 de zile, despre care am făcut vorbire anterior;

g) Actele de transfer sau asumarea de obligaţii efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenţia de a ascunde/întârzia starea de insolvenţă;

Nici acest tip de acte nu a fost anulate în practica instanţelor judecătoreşti. Menţionăm însă că această cauză de anulare a actelor frauduloase a fost reglementată prin Legea nr. 85/2006 şi că a intrat în vigoare numai după 21 iulie 2006. Astfel, inexistenţa practicii judiciare în acest domeniu de activitate este justificată, având în vedere faptul că actele a căror anulare putea fi cerută erau cele emise după această dată, de către un debitor care ulterior a intrat în stare de insolvenţă;

h) Actele încheiate de debitor cu un asociat comanditat sau cu un asociat deţinând cel puţin 20% din capitalul societăţii comerciale ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaţilor, atunci când debitorul este respectiva societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată, dacă acestea sunt în dauna creditorilor;

Acest tip de acte pot fi anulate numai dacă au fost încheiate în frauda creditorilor. Având în vedere faptul că frauda trebuie să fie dovedită prin mijloace de probă (înscrisuri, expertize, etc.) este dificil de dovedit îndeplinirea acestor condiţii.

i) Actele încheiate de debitor cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un grup de interes economic, dacă acestea sunt în dauna creditorilor;

Nici în acest domeniu de activitate nu există o practică judecătorească relevantă, dar în contextul crizei economice actuale este posibil ca debitorii să încheie acte de acest tip în dauna creditorilor.

j) Actele încheiate de debitor cu un acţionar deţinând cel puţin 20% din acţiunile debitorului ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acţionarilor, atunci când debitorul este respectiva societate pe acţiuni, dacă sunt în dauna creditorilor;

În această situaţie legiuitorul a considerat că acest tip de acte sunt încheiate de către un acţionar care are o poziţie de control asupra debitoarei şi acesta este motivul pentru care s-a considerat că încheierea unor astfel de acte în dauna creditorilor trebuie să fie anulate, fără îndeplinirea vreunei alte condiţii. În practica instanţelor au existat cazuri de anulare pentru îndeplinirea acestei condiţii.

k) Actele încheiate de debitor cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acţiuni cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă, dacă sunt în dauna creditorilor;

În acest caz legiuitorul a considerat că acest tip de acte sunt încheiate de debitor cu o persoană care are atribuţii de conducere efectivă a societăţii acţionând, de regulă, în baza unui contract de mandat şi acesta este motivul pentru care s-a considerat că încheierea unor astfel de acte în dauna creditorilor trebuie să fie anulate, fără îndeplinirea unei alte condiţii. În practica instanţelor au existat numeroase cazuri de anulare a tranzacţiilor de acest tip.

l) The acts concluded by the debtor with any other natural or legal person holding a dominant position upon the debtor or his/her business, if they are to the detriment of creditors;

In this situation as well, the legislator considered that such acts are concluded by the debtor with a person who holds a control position upon the debtor; this is the reason why it was considered that the conclusion of such acts to the detriment of creditors must be actions in avoidance, without the compliance of any other condition. In the practice of law courts, there were cases of actions in avoidance for the compliance with this condition.

m) The acts concluded by the debtor with a co-owner of a common good, if they are to the detriment of creditors;

In practice, there have been numerous situations when creditors[10] have requested actions in avoidance for some acts of this type, the only reason invoked being that the acts concluded were concluded without an expertise to show the market value of the respective common good. Law courts have not accepted such petitions in the situation in which there was no proof that the acts were concluded to the detriment of creditors. Moreover, law courts inferred that if such acts are concluded, they must be examined on a case-by-case basis, by analysing also the relations between co-owners and by analysing whether the operations were conducted during the normal business deployment.

Law no. 85/2006 on insolvency procedure – with subsequent amendments and supplementations, regulated the rule according to which the action in avoidance for a transfer with a patrimonial character cannot be requested, if it is conducted by a debtor during the normal deployment of his/her current business.

5. Effects of formulating an action in avoidance for fraudulent acts concluded to the detriment of third parties

The first effect of formulating a petition is that of putting down, *ex officio*, in the publicity registers a petition for an action in avoidance for a transfer with patrimonial character.

If the good is transferred after this putting down, the person who has got an ownership title or was granted a security or any other real right on the respective good shall have his/her ownership title or right conditional upon the right of the good being recuperated.

A second effect of formulating a petition is the fraud presumption to the detriment of creditors, which can be reversed by the debtor and which are not extended to the third-party acquirer or sub-acquirer. The fraud presumption is kept also in the case when, via an abuse of law suit rights, the debtor delayed the procedure opening, in order to have expire the deadlines for the formulation of an action.

6. Effects of admission of an action in avoidance for fraudulent acts concluded to the detriment of third parties

The third-party acquirer in an avoided patrimonial transfer must give back to the debtor's wealth the transferred good or, if the good no longer exists, its value on the date of the transfer conducted by the debtor.

[10] In most cases fiscal bodies.

l) Actele încheiate de debitor cu orice altă persoană fizică ori juridică, deţinând o poziţie dominantă asupra debitorului sau a activităţii sale, dacă sunt în dauna creditorilor;

Şi în această situaţie legiuitorul a considerat că acest tip de acte sunt încheiate de debitor cu o persoană care deţine o poziţie de control asupra debitoarei şi acesta este motivul pentru care s-a considerat că încheierea unor astfel de acte în dauna creditorilor trebuie să fie anulate, fără îndeplinirea vreunei alte condiţii. În practica instanţelor au existat cazuri de anulare pentru îndeplinirea acestei condiţii.

m) Actele încheiate de debitor cu un coindivizar asupra unui bun comun, dacă sunt în dauna creditorilor;

În practică au existat numeroase situaţii în care creditorii[10] au solicitat anularea unor acte de acest tip, singurul motiv invocat fiind acela că actele încheiate au fost încheiate fără a exista o expertiză din care să rezulte care este valoarea de piaţă a respectivului bun comun. Instanţele judecătoreşti nu au admis astfel de cereri în situaţia în care nu s-a făcut dovada că actele au fost încheiate în dauna creditorilor. De asemenea, instanţele au reţinut că în cazul încheierii acestor tipuri de acte, studiul trebuie să fie făcută de la caz la caz, analizându-se şi relaţiile dintre persoanele coindivizare şi dacă operaţiunile au fost făcute în desfăşurarea normală a activităţii.

Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei, cu modificările şi completările ulterioare a reglementat regula potrivit căreia nu se poate cere anularea unui transfer cu caracter patrimonial, făcut de către debitor în cursul desfăşurării normale a activităţii sale curente.

5. Efectele formulării acţiunii de anulare a actelor frauduloase încheiate în dauna terţilor

Primul efect al formulării cererii este acela al notării, din oficiu, în registrele de publicitate a cererii pentru anularea unui transfer cu caracter patrimonial.

În situaţia în care bunul este transferat după efectuarea unei astfel de notări, persoana care a obţinut un titlu sau a dobândit o garanţie ori un alt drept real asupra bunului respectiv va avea titlul sau dreptul său, condiţionat de dreptul de a fi recuperat bunul.

Un al doilea efect al formulării cererii este prezumţia relativă de fraudă în dauna creditorilor, care poate să fie răsturnată de către debitor şi nu se extinde la terţul dobânditor sau subdobânditor. Prezumţia de fraudă se păstrează şi în cazul în care, prin abuz de drepturi procesuale, debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenele de formulare a acţiunii.

6. Efectele admiterii acţiunii de anulare a actelor frauduloase încheiate în dauna terţilor

Terţul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial anulat trebuie să restituie averii debitorului bunul transferat sau, dacă bunul nu mai există, valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor.

[10] În majoritatea cazurilor organele fiscale.

The third-party acquirer who gave back to the debtor's wealth the good or the value of the good which had been transferred in his/her favour by the debtor, has against this wealth a claim of the same value, on condition that the third party accepted the transfer *bona fide* and without any intention to prevent or delay it or to deceive the debtor's creditors. If the third-party acquirer has accepted *mala fide* the transfer and with the intention to prevent, slow down or deceive the debtor's creditors, he/she shall lose the claim or the good resulting from the reinstatement in favour of the debtor's wealth. The third party's bad faith is not presumed, therefore it must be proven.

The third-party acquirer shall give back the goods in the state they are, free of charge and in good faith, and if the goods lack, he/she shall give back the value difference which made him/her be better off. In case of *mala fide*, the third-party acquirer shall give back, in all cases, the entire value, as well as the benefits obtained.

7. Judicial practice in the field of an action in avoidance for acts concluded with the intention to fraud creditors:

- The quality of associate/shareholder of a natural person in case of contracting parties and a price inferior to the market value of a good are circumstances which, corroborated, reveal the parties' intention to endanger creditors' rights, when a good is alienated. The intention of fraud results from the manner in which associates understood to purloin from pursuit the debtor's single asset (Court of Appeal Bucharest – Section VI Commercial 2005)
- Acts and commercial operations must be concluded by the debtor via expressing his/her will and intention, respectively a valid acquiescence with the result of diminishing the debtor's patrimony, to the detriment of creditors. We cannot include in an action in avoidance the juridical acts via which the debtor's patrimony became less, if they were concluded by other persons empowered by law, such as a court enforcement officer, in the procedure of court enforcement of the debtor's assets (Court of Appeal Bucharest – Section V Commercial 2006)
- The conditions to formulate the action are not observed as long as the avoidance of a sale promise is being requested, and not the avoidance of a sale-purchase contract, as the respective promise does not meet the conditions of a fraudulent act as the legislator understands it - respectively the act where the debtor's contribution obviously exceeds the benefits received (Court of Appeal Bucharest – Section V Commercial 2004)
- The patrimonial transfer conducted by the debtor after the procedure opening, without the endorsement of the syndic judge, is a transfer conducted to the detriment of other creditors (Court of Appeal Bucharest – Section V Commercial 2003)
- In Law no. 64/1995, republished, the legislator expressly set forth that an action in avoidance can be requested from the court for some fraudulent acts concluded by the debtor before the bankruptcy procedure opening. Moreover, an action in avoidance for such acts concluded after the procedure opening can be requested, as their obvious goal was to fraud creditors' rights. On the other hand, in conformity with the principle *qui patest plus, patest minus*, we can extend the enforcement of a norm drawn up for

Terţul dobânditor, care a restituit averii debitorului bunul sau valoarea bunului ce-i fusese transferat de către debitor, are împotriva averii o creanţă de aceeaşi valoare, cu condiţia ca terţul să fi acceptat transferul cu bună-credinţă şi fără intenţia de a-i împiedica, întârzia ori înşela pe creditorii debitorului. În cazul în care terţul dobânditor a acceptat transferul cu rea-credinţă şi cu intenţia de a-i împiedica, întârzia ori înşela pe creditorii debitorului, acesta pierde creanţa sau bunul rezultat din repunerea în situaţia anterioară, în favoarea averii debitorului. Reaua-credinţă a terţului dobânditor nu este prezumată, ci trebuie dovedită.

Terţul dobânditor cu titlu gratuit de bună-credinţă va restitui bunurile în starea în care se găsesc, iar în lipsa acestora, va restitui diferenţa de valoare cu care s-a îmbogăţit. În caz de rea-credinţă, terţul va restitui, în toate cazurile, întreaga valoare, precum şi fructele percepute.

7. Practica judiciară în domeniul anulării actelor încheiate în frauda creditorilor:

- Calitatea de asociat/acţionar a unei persoane fizice în cadrul părţilor contractante, preţul inferior valorii de circulaţie a bunului sunt împrejurări ce relevă, coroborate, intenţia părţilor de a leza drepturile creditorilor, la momentul înstrăinării bunului. Intenţia de fraudare rezultă din modalitatea în care asociaţii au înţeles să sustragă de la urmărire unicul activ al debitoarei (C. Apel Bucureşti, secţia a VI-a comercială, 2005).
- Actele şi operaţiunile comerciale trebuie să fie încheiate de debitor prin exprimarea voinţei şi intenţiei, respectiv a consimţământului valabil, şi să aibă drept rezultat diminuarea patrimoniului debitorului în dauna creditorilor. Nu pot forma obiectul acţiunii în anulare acele acte juridice prin care s-a diminuat patrimoniul debitorului, dacă acestea au fost încheiate de alte persoane abilitate de lege, cum ar fi executorul judecătoresc, în cadrul procedurii executării silite a debitorului (C. Apel Bucureşti, secţia a V-a comercială 2006).
- Condiţiile de formulare a acţiunii nu sunt îndeplinite cât timp se solicită anularea unei promisiuni de vânzare, şi nu a unui contract de vânzare-cumpărare, întrucât promisiunea în cauză nu întruneşte condiţiile unui act fraudulos în sensul cerut de legiuitor, respectiv actul în care prestaţia debitorului să depăşească vădit pe cea primită (C. Apel Bucureşti, secţia a V-a comercială, 2004).
- Transferul patrimonial efectuat de debitor după deschiderea procedurii, fără avizul judecătorului-sindic, este un transfer efectuat în dauna celorlalţi creditori (C. Apel Bucureşti, secţia a V-a comercială, 2003).
- În Legea nr. 64/1995, republicată, legiuitorul a prevăzut în mod expres că se poate solicita la tribunal anularea unor acte frauduloase încheiate de debitor înainte de deschiderea procedurii falimentului. Cu atât mai mult se poate solicita anularea unor asemenea acte încheiate după deschiderea procedurii, scopul evident al acestora fiind fraudarea drepturilor creditorilor. Pe de altă parte, conform principiului *qui patest plus, patest minus*, se poate extinde aplicarea unei norme, edictată pentru o anumită situaţie, la un caz nereglementat expres, deoarece raţiunile care au fost avute în vedere la adoptarea acelei norme se regăsesc şi mai evident în cazul dat (C. Apel Bucureşti, secţia a V-a comercială 2001).

a certain situation to a case not expressly regulated, as the rationale contemplated when adopting this norm is found also, more obviously, in the respective case (Court of Appeal Bucharest – Section V Commercial 2001)

- The provisions of Law no. 64/1995, republished, refer to the acts concluded by the debtor to the detriment of creditors' rights in the 3 years before the procedure opening; they also take into account, even more so, the acts of the same nature concluded after the procedure opening, as the alienations of the debtor's goods cannot be appreciated unless they are conducted in order to be purloined from the procedure enforcement, being for creditors fraudulent actions (Court of Appeal Bucharest – Section V Commercial 2002)
- The legal conditions are fulfilled for an action in avoidance in which the debtor sold a good to a third party company accompanied by the restitution of the good to the debtor, if the sale was made less than 3 years before the procedure opening, at a price lower than the market value of the respective good established by an expertise, and, moreover, the debtor has not understood to collect the respective price. Under these conditions, the mention - in the invoice issued for the sale of the good, of a price equal to the price it was previously acquired for is not relevant, all the more that the trading companies involved in the sale have the same associate, which confers the invoice the superficies of an act drawn up *pro causa*, with the intention to fraud creditors and, when the price was set, its going up in line with inflation was not cast away by the wear-and-tear of the good (Court of Appeal Bucharest – Section V Commercial 2003)

English version by Flavia Toader, PhD

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

- Prevederile Legii nr. 64/1995, republicată, se referă la acte încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii şi au în vedere, cu atât mai mult, şi actele de aceeaşi natură încheiate ulterior deschiderii procedurii, întrucât înstrăinările bunurilor debitoarei nu pot fi apreciate decât că sunt efectuate în scopul sustragerii acestora de la aplicarea procedurii, cu consecinţa fraudării creditorilor (C. Apel Bucureşti, secţia a V-a comercială, 2002).
- Sunt îndeplinite condiţiile legale pentru anularea actului prin care debitorul a vândut un bun către o terţă societate comercială şi pentru restituirea bunului către debitor, dacă vânzarea s-a efectuat cu mai puţin de 3 ani înainte de deschiderea procedurii, la un preţ sub valoarea de piaţă a bunului stabilit pe cale de expertiză, şi, în plus, debitorul nu a înţeles să şi încaseze preţul respectiv. În aceste condiţii, menţionarea în factura privind vânzarea a unui preţ egal cu cel la care a fost dobândit, anterior, bunul nu prezintă relevanţă, cu atât mai mult cu cât societăţile comerciale între care s-a efectuat vânzarea au acelaşi asociat, ceea ce conferă facturii aparenţa unui act întocmit *pro causa*, cu intenţia de fraudare a creditorilor, iar la stabilirea preţului creşterea acestuia în raport cu inflaţia nu este înlăturată de uzura bunului (C. Apel Bucureşti, secţia a V-a comercială, 2003).

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

The financial entities act's merger of banks and exclusion of assets and liabilities and its contribution to the health of the financial system

Marcos Eduardo MOISEEFF
Central Bank of Argentina

The purported end of this work is determining the benefits which may be derived from the enforcement of legal definitions mentioned in heading above, outlining parallel pathways towards a common goal: the health of the financial system.

I. Regulations applicable to the merger, dissolution and termination of banks.

1. Different concepts involved (Merger, Dissolution, Revocation of License)

It is essential to match the procedures pursuant to the Commercial Companies Act of the Argentine Republic rigorously vis a vis the specific law applicable to the organization, development and termination of banking entities, i.e; the Financial Entities Act, dwelling on the concept of companies under Argentinean doctrine.

The initial idea of merger is provided by the Commercial Companies Act, which shall be our starting point to check the consistency of the general provisions of this framework law with those of the Financial Entities Act. Subsequently, we shall consider the Companies Act as general law and the Financial Entities Act as specific law regulating financial entities from establishment to extinction.

According to the general law, there is a merger when two or more companies are dissolved without liquidation in order to establish a new one or when an already existing company takes over one or more companies that are dissolved without liquidation.

This legal definition poses the first question: Is a merger a cause for dissolution under Argentinean Law? It may seem so as the law itself says as much but is it really so?

In the Argentine Republic, a portion of specialized doctrine does not see this question in such clear-cut terms and puts forward worthy and well grounded theories upholding the opposite. For instance, there are experts in doctrine which assert that the Companies Act regards the termination of a merged company as just another cause for dissolution, this opinion could be termed erroneous since if *dissolution* is to be understood as the cessation of a fully operative company by a decision of its partners or by enforcement of a law in order to enter into a stage implying the liquidation of its patrimony with disposal of goods and once its debts have been paid, distribution of the remaining funds amongst such partners, *then a*

BCU IAS / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Legea entităților financiare despre fuziunea băncilor și excludere de active şi pasive – contribuția acestei legi la sănătatea sistemului financiar

Marcos Eduardo MOISEEFF
Banca Centrală a Argentinei

Scopul declarat al prezentei lucrări este de a determina beneficiile care pot fi generate prin punerea în practică a definițiilor juridice menționate în titlul lucrării, accentuând căi paralele pentru un scop comun: sănătatea sistemului financiar

I. Reglementări aplicabile fuziunii, dizolvării şi terminării activității băncilor

1. Diferite concepte implicate (fuziune, dizolvare, revocarea autorizației de funcționare)

Este esențial să asimilăm în mod riguros procedurile stipulate de Legea Societăților Comerciale a Republicii Argentina cu cele din legea specifică aplicabilă organizării, dezvoltării şi terminării activității instituțiilor bancare, respectiv Legea Entităților Financiare, care se bazează pe conceptul de companii sub doctrina din Argentina.

Inițial, ideea fuziunii a fost stipulată în Legea Societăților Comerciale, care va fi punctul nostru de pornire pentru verificarea consecvenței prevederilor generale ale acestei legi cadru cu cele din Legea Entităților Financiare. În consecință, vom lua în considerare Legea Societăților Comerciale ca lege generală, iar Legea Entităților Financiare ca legea specifică care reglementează entitățile financiare de la înființare şi până la terminarea activității.

Conform legii generale, vorbim de o fuziune atunci când două sau mai multe companii sunt dizolvate fără lichidare, cu scopul de a înființa o companie nouă sau atunci când o companie deja existentă preia una sau mai multe companii care sunt dizolvate fără lichidare.

Această definiție juridică dă naştere deja la o primă întrebare: Este oare fuziunea un motiv de dizolvare sub legea din Argentina? Se pare că da, căci legea menționează acest lucru; dar, stau lucrurile cu adevărat aşa?

În Republica Argentina, o parte a doctrinei specializate nu vede această problemă în termeni atât de clari şi propune teorii meritorii şi bine fundamentate care susțin contrariul. De exemplu, există experți în doctrină care afirmă că Legea Societăților Comerciale consideră terminarea activității unei companii fuzionate (*engl. merged company*) ca fiind doar un alt motiv de dizolvare, această opinie putând fi calificată ca fiind eronată, deoarece dacă *dizolvarea* trebuie înțeleasă ca fiind terminarea activității unei companii total operaționale printr-o decizie a partenerilor sau prin aplicarea unei legi cu scopul de a intra într-o fază care implică lichidarea

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

merger would not be a cause for the dissolution of a company since the merged company would be keeping its full productive capacity within the merging company. Moreover, this portion of the doctrine points that even it is valid to affirm that it is a dissolution without liquidation because through the merger the company as economic base of the community does not lose its organization neither passes to the disintegration of the patrimony components, nor any type of liquidation.

Likewise, such doctrinal experts state that dissolution of a company is not any proceeding o procedure when it does not imply effective termination of company business and subsequent dissolution of links amongst all such partners, thus agreeing with those who see a merger as a particular case of transformation with little in common with a dissolution beyond the provisions established by the text of the law.

Consequently, in the face of this juridical position, the following questions should be asked: how does the concept of dissolution interplay with the withdrawal of a license for a financial entity to operate?

It is my opinion that the mere cancellation of a license does not imply the company is affected by the consequences arising from the Argentinean Commercial Companies Act, i.e.; the dissolution of that company.

The opposite standpoint stated by a portion of the doctrine upholds that license withdrawal implies dissolution of the company underlining that the basis for such an implication does not lie with the impossibility of complying with the company's object but with an exercise of the power of the State which considers convenient to dissolve the company by withdrawing its license.

In addition, this doctrine underlines the need for a final resolution of cancellation since if the decision of the enforcement authority is not final, the company may not be considered as having been dissolved if appeals are lodged with no final judgment being rendered.

The next above mentioned doctrine does not consider the hypothesis outlined in several of my own doctrinal works, authored with Dr. Jorge Viviani, where I stress the particularities of the Financial Entities Act.

According to my outlook for the solution of the question, it is necessary to regard what art. 94, subsection 10 of the Argentinean Companies Act provides vis a vis provisions under art. 44 of Argentinean Financial Entities Act. To begin with, it should be noted that our Companies Act states that the final resolution withdrawing a license – whenever a special law may make such a resolution mandatory owing to the company's object – dissolves the company.

We should now consider what the specific law provides for: article 44 of our Financial Entities Act, subsection b) states that license revocation involves legal dissolution pursuant to the applicable laws, considering such entity's status as legal person. In addition, subsection c) of the said above article sets up impairment of solvency and liquidity of an entity-company involving loss of its capital stock as a case for revocation of license.

It can then be inferred that consequences pursuant to the specific law are the reverse of consequences pursuant to Companies Act and, therefore, a dissolution of a company is a cause for revocation of license while revocation of license is not a cause for such dissolution.

This concept is further strengthened by art. 43 of our Financial Entities Act where it is established that whichever the reasons for the dissolution of a company, such company must

BCU IAS / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

patrimoniului acesteia cu dispunerea de bunuri şi, odată ce datoriile au fost plătite, distribuţia fondurilor care au mai rămas între parteneri, *atunci fuziunea nu ar fi motivul dizolvării unei companii, deoarece compania fuzionată îşi va păstra întreaga capacitate productivă în cadrul companiilor care au fuzionat.* Mai mult chiar, această parte a doctrinei subliniază că putem chiar să afirmăm că avem o dizolvare fără lichidare deoarece, prin fuziune, compania ca bază economică a comunităţii nu îşi pierde organizarea, nici nu trece la dezintegrarea componentelor patrimoniului, şi nici la vreun tip de lichidare.

În mod similar, aceşti experţi ai doctrinei afirmă că dizolvarea unei companii nu constituie un tip obişnuit de procedură atunci când nu implică terminarea efectivă a activităţii companiei, iar mai târziu dizolvarea legăturilor dintre toţi partenerii; astfel, aceşti experţi sunt de acord cu aceia care consideră fuziunea ca fiind un caz particular de transformare care are puţine în comun cu dizolvarea dincolo de prevederile stabilite de textul legii.

În consecinţă, în faţa unei astfel de poziţii juridice, trebuie să ne punem următoarele întrebări: Cum interacţionează conceptul de dizolvare cu retragerea autorizaţiei de funcţionare a unei entităţi financiare?

În opinia mea, simpla anulare a unei autorizaţii de funcţionare nu implică situaţia ca respectiva companie să fie afectată de consecinţele stipulate în prevederile Legii Societăţilor Comerciale din Argentina, respectiv dizolvarea respectivei companii.

Punctul de vedere opus, susţinut de o parte a doctrinei, afirmă că retragerea autorităţii de funcţionare implică dizolvarea companiei, subliniind ca fundamentare a acestei poziţii faptul că o astfel de implicare nu se referă la imposibilitatea de a se conforma cu obiectul de activitate al companiei ci se referă la exercitarea prerogativei statului care consideră convenabil să dizolve compania prin retragerea autorizaţiei de funcţionare.

În plus, această doctrină subliniază nevoia unei rezoluţii finale de anulare deoarece, dacă decizia autorităţii de aplicare a legii nu este finală, compania nu poate fi considerată ca fiind dizolvată dacă se depun apeluri şi nu există încă o sentinţă finală în acest sens.

Doctrina menţionată mai sus nu ia în considerare ipoteza menţionată în mai multe dintre lucrările mele doctrinare - coautor fiind Dr. Jorge Viviani, unde subliniem particularităţile Legii Entităţilor Financiare.

Conform viziunii mele pentru soluţia luată în discuţie, este necesar să vedem ce spune art. 94, subsecţiunea 10 a Legii Societăţilor Comerciale din Argentina în comparaţie cu prevederile art. 44 din Legea Entităţilor Financiare din Argentina. Pentru început, trebuie să remarcăm că Legea noastră privind Societăţile Comerciale stipulează că rezoluţia finală de retragere a unei autorizaţii – ori de câte ori o lege specială ar putea face ca o astfel de rezoluţie să fie obligatorie datorită obiectului de activitate al companiei – este cea de dizolvare a companiei.

Atunci ar trebui să luăm în considerare şi ce stipulează legea specifică: art. 44 din Legea Entităţilor Financiare din ţara noastră, subsecţiunea b) menţionează că revocarea autorizaţiei de funcţionare implică dizolvarea juridică conform legilor aplicabile, luând în considerare statutul unei astfel de entităţi ca persoană juridică. În plus, subsecţiunea c) din articolul menţionat mai sus stabileşte un prag (test) de solvabilitate şi lichiditate pentru o entitate-companie, ceea ce implică pierderea din stocul său de capital, motiv de revocare a autorizaţiei de funcţionare.

BOLYAI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

report this event to the Central Bank of the Argentine Republic within a term not exceeding two working days. This comes to mean that dissolution, upon this assumption, comes prior to license revocation.

The provisions under the said art. 43 let us show that it is not acceptable to match the concept of dissolution with termination.

The second paragraph provides in a wide sense for the termination of a company (cessation of regulated activity, change of object) without necessarily involving its dissolution; dissolution would however occur if the company changed its object reporting such change to BCRA alongside with a request for revocation of license furnished by the said company's statutory authorities.

It should be stressed that the rule under analysis states in its second paragraph that the first paragraph is to be considered only as far as the procedure to be followed is concerned and it is inaccurate to derive that the change of company object involves the company's dissolution. If we relate these concepts with the idea of merger, we can see what actually happens after a merger, i.e.; the termination of the company involving a juridical category other than dissolution vis a vis its framework and consequences.

It is nowadays mostly acknowledged that the life of a merged company continues within the merging company or the company beneficiary of patrimonial contributions where the merged company continues pursuing its own object or such object as it is the legal outcome of an agreement between the parties involved. German Law acknowledges this difference between dissolution and termination with the latter term being used to mark what occurs in the case of a merger.

In short, the merger agreement makes the merged company disappear without need for prior dissolution and its mandatory consequence of company liquidation. Now, in spite of the provisions as under the Company Act, it is technically rather more accurate to keep the word *termination* for the assumption of a merger since what it occurs is the end of legal personality, the alteration of the company's elements and its termination as a subject under the law since the new or merging company comes to be entitled to the rights and incurs in the obligations of the company thus terminated.

As regards our legislation, it is necessary to amend Companies Act so that the merger ceases to be a cause for dissolution of a company and becomes a specific way of ending its juridical personality under the denomination of termination.

2. Regulatory provisions

The Central Bank of the Argentine Republic has established certain requirements for a merger of a financial entity with one or more financial entities pursuant to Circular A 2241 which regulates the Incorporation, Operation and Expansion of Financial Entities.

It is a sine qua non condition that the Central Bank of the Argentine Republic authorizes a merger once the technical review on the feasibility of such merger has been undertaken.

The legal foundations of the power to authorize or refuse a merger are implicitly found in art. 3 and 4 of the Central Bank of the Argentine Republic's Charter where the obligation to watch over the proper operation of the financial market, enforce the Financial Entities Act and

ROMANIAN-AMERICAN UNIVERSITY LIBRARY

În acest caz, putem deduce că o serie de consecinţe conform legislaţiei specifice constituie reversul consecinţelor conform Legii Societăţilor Comerciale şi, deci, dizolvarea unei companii este un motiv de revocare a autorizaţiei de funcţionare, în timp ce revocarea autorizaţiei de funcţionare nu constituie un motiv pentru o astfel de dizolvare.

Acest concept este şi mai mult întărit de art. 43 din Legea Entităţilor Financiare din ţara noastră unde se stipulează că oricare ar fi motivele pentru dizolvarea unei companii, această companie trebuie să raporteze acest eveniment Băncii Centrale a Republicii Argentina (B.C.R.A.) într-un termen care să nu depăşească două zile lucrătoare. Aceasta înseamnă că dizolvarea, conform acestei ipoteze, vine înaintea revocării autorizaţiei de funcţionare.

Aceste prevederi din art. 43 menţionat mai sus ne arată că nu este acceptabil să asimilăm conceptul de dizolvare cu cel de terminare a activităţii.

Al doilea paragraf detaliază într-un sens larg terminarea activităţii unei companii (terminarea unei activităţi reglementate, schimbarea obiectului de activitate) fără ca, în mod necesar, să implice dizolvarea ei; totuşi, dizolvarea va apărea dacă compania şi-a schimbat obiectul de activitate, raportând această schimbare la B.C.R.A., împreună cu o cerere de revocare a autorizaţiei de funcţionare transmisă de către autorităţile competente pentru respectiva companie.

Trebuie să subliniez că regula pe care o analizăm stipulează în al doilea paragraf faptul că primul paragraf urmează a fi luat în considerare doar avându-se în vedere procedura care trebuie urmată şi că este incorect să înţelegem că schimbarea obiectului de activitate al unei companii implică dizolvarea companiei. Dacă legăm aceste concepte de ideea fuziunii, vedem ceea ce se întâmplă de fapt după o fuziune, respectiv terminarea activităţii companiei, ceea ce implică o categorie juridică, alta decât dizolvarea dacă ne gândim la cadrul şi consecinţele acesteia.

Astăzi, se admite pe scară largă că viaţa unei companii fuzionate, i.e. care a fost preluată prin fuziune (*engl. merged company*) continuă în cadrul companiei care a iniţiat fuziunea (*engl. merging company*), sau, cu alte cuvinte, compania beneficiară a contribuţiilor patrimoniale în care compania fuzionată continuă să îşi desfăşoare propriul obiect de activitate sau obiectul de activitate care este rezultatul legal al unui contract între părţile implicate. Legislaţia germană recunoaşte această diferenţă între dizolvare şi terminarea activităţii, cu cel de-al doilea termen utilizat ca să marcheze ceea ce se întâmplă în cazul unei fuziuni.

Pe scurt, contractul de fuziune face ca o companie fuzionată care a fost preluată în fuziune (*engl. merged company*) să dispară fără să fie nevoie de o dizolvare prealabilă a ei, fiind consecinţa obligatorie a lichidării companiei. Ei bine, în ciuda prevederilor din Legea Societăţilor Comerciale, din punct de tehnic este mult mai corect să păstrăm termenul *terminarea activităţii – engl. termination* pentru cazul ipotezei unei fuziuni deoarece ceea ce apare este sfârşitul personalităţii juridice, alterarea elementelor companiei şi terminarea activităţii sale ca obiect al legii, deoarece compania nouă sau cea care a iniţiat fuziunea (*engl. merging company*) este cea care ajunge să aibă drepturi şi să suporte obligaţiile companiei care îşi încetează activitatea.

Cât priveşte legislaţia noastră, este necesar să modificăm Legea Societăţilor Comerciale astfel încât fuziunea să înceteze a mai fi motiv de dizolvare a unei companii şi să devină

preserve – as an essential purpose – the value of currency is established and it is also found explicitly in art. 7th of the Financial Entities Act.

In practical terms, it should be noted that pursuant to Communication A 2241, a merger agreement submitted to BCRA by the governance bodies of financial entities involved should be *ad referendum* of the relevant general shareholders meeting decision and BCRA authorization.

The need for governance bodies' intervention is obvious from the fact that a merger decision involves a change in the corporate agreements of the financial entities to be merged as well as a modification in the respective by-laws for which the necessary majorities must be gathered pursuant to article 83.2 of Commercial Companies Act.

In this context, the ultimate decision as regards authorizing a merger lies with the Central Bank of the Argentine Republic once the economic and financial structure either of the resulting or merged entity has been studied. That is why a merger application must include certain background data and documentation on the projected merger such as:

a) A specimen copy of the minutes of meetings held by boards of directors, overseeing councils or governance bodies of entities to be merged;

b) A report evidencing the legal, technical and economic-financial feasibility of the merger, the possibility of timely payment of the minimum patrimonial requirement, if any should be paid, as well as the functional and administrative organization of the entity arising out of the merger;

c) A specimen copy of the merger agreement;

d) The articles of incorporation and by-laws whereby the resulting company will be ruled and the draft reform to the bylaws of the absorbing company for mergers by absorption;

e) Financial and consolidated balance sheets for entities involved plus an external audit opinion;

f) Consolidated statements considering liquidity and creditworthiness as under existing regulations;

g) List of future members of governance, management and control bodies of the resulting or absorbing entity and certificates stating their judicial record;

h) List of company shareholders emerging from merger or for the absorption entity, stating domicile, nationality and the respective interest whenever such interest may exceed a percentage of capital and / or votes;

i) Operational headquarters or seat of the resulting or absorbing entity;

A merger should be authorized by the Central Bank of the Argentine Republic, provided that certain requirements pursuant to relevant resolutions are met such as:

a) Approval of merger agreement, incorporation of the resulting entity or of the reforms to the bylaws of the absorbing entity and dissolution of merged companies through the decision of respective general shareholders' meetings;

b) Assent by competent government authority and registration with the Public Trade Register of the final merger agreement and the bylaws of the resulting entity or registration of the reforms introduced to the bylaws of the absorbing entity. In the

o modalitate specifică de a-i înceta personalitatea juridică sub denumirea de terminarea activităţii.

2. Prevederi de reglementare

Banca Centrală a Republicii Argentina a stabilit anumite cerinţe pentru fuziune în cazul unei entităţi financiare care fuzionează cu una sau mai multe entităţi financiare, conform Circularei A 2241 care reglementează Încorporarea, Funcţionarea şi Expansiunea Entităţilor Financiare.

Este necesară existenţa unei condiţii *sine qua non* respectiv ca Banca Centrală a Republicii Argentina să autorizeze fuziunea după ce revizuirea tehnică privitoare la fezabilitatea unei astfel de fuziuni a avut deja loc.

Baza legală a prerogativei de a autoriza sau refuza fuziunea se găseşte stipulată implicit în art. 3 şi 4 al Cartei Băncii Centrale a Republicii Argentina, unde se stipulează obligaţia de a monitoriza funcţionarea corespunzătoare a pieţei financiare, aplicarea Legii Entităţilor Financiare şi preservarea – ca scop esenţial – valorii monedei, ceea ce se găseşte stipulat explicit şi în art. 7 al Legii Entităţilor Financiare.

În practică, trebuie să remarcăm că, în conformitate cu Comunicatul A 2241, un contract de fuziune transmis la B.C.R.A. de către organismele de conducere ale entităţilor financiare implicate trebuie să fie un *ad referendum* al deciziei adunărilor generale ale acţionarilor relevanţi, şi să aibă autorizarea B.C.R.A.

Nevoia de intervenţie a organismelor de conducere este evidentă datorită faptului că o decizie de fuziune implică o schimbare a contractelor corporatiste ale entităţilor financiare care urmează a fuziona ca şi o modificare a respectivelor reguli interne pentru care trebuie să fie întrunite majorităţile necesare, conform art. 83.2 din Legea Societăţilor Comerciale.

În acest context, decizia ultimă în cea ce priveşte autorizarea unei fuziuni aparţine Băncii Centrale a Republicii Argentina, odată ce structura economică şi financiară a entităţii rezultante sau fuzionate a fost analizată. De aceea, o solicitare de fuziune trebuie să includă anumite date istorice şi documentaţie privind proiectata fuziune cum ar fi:

a) O copie specimen a proceselor verbale ale şedinţelor ţinute de consiliile de administraţie, consiliile de supraveghere ori de conducere ale entităţilor care urmează a fuziona;

b) Un raport care să evidenţieze fezabilitatea juridică, tehnică şi economico-financiară a fuziunii, posibilitatea unei plăti la timp a cerinţei patrimoniale minime - dacă este nevoie să se facă o astfel de plată, ca şi organizarea funcţională şi administrativă a entităţii care va apărea după fuziune;

c) O copie specimen a contractului de fuziune;

d) Statutul şi regulile interne prin care compania rezultantă va fi condusă şi proiectul de reformă a regulilor interne ale companiei care absoarbe alte entităţi, în cazul fuziunilor prin absorbţie;

e) Bilanţuri financiare şi consolidate pentru entităţile implicate, plus o opinie de audit externă;

BCU CLUJ / UNIVERSITY LIBRARY

case of cooperative associations, approval and registration with the authority of enforcement pursuant to Act 20,337;

c) Effective compliance with any other requirement or term and conditions the authority issuing the resolution may establish;

d) All such requirements must be complied no less than (thirty) days prior with the date of commencement of activities of the entity arising out of the merger and such compliance should be reported to the Superintendence of Financial and Exchange Entities so that it may take a decision thereon.

Lastly, it should be noted that Communication „A" 2241 states in item 2.4 that rules regarding mergers of financial entities will, if consistent, apply furthermore to the transfer of the goodwill of such entities.

Let us remember in connection therewith that article 7th of Financial Entities Act provides for the possibility of transferring the financial entities' goodwill subject also to prior authorization by BCRA.

II. Exclusion of assets and liabilities. Art. 35 bis of financial entities act

Under Financial Entities Act N° 21,526 and as amended as from 1992, the Central Bank of the Argentine Republic is no longer a liquidator of financial entities or a receiver in the case of adjudication of a bankruptcy. Nowadays, both the court liquidator of a financial entity and the receiver of such bankruptcy are chosen by lot from the lists of certified public accountants pursuant to the Law of Creditor Agreements and Bankruptcies and if a Court Liquidator is chosen by lot and a bankruptcy is subsequently adjudicated, such official will continue acting as Receiver of such Bankruptcy, making it unnecessary to cast lots for appointing a Receiver. Regardless of the foregoing, the Central Bank of the Argentine Republic would continue exercising the Receivership for such bankruptcy proceedings as were pending at the time Act 24,144 was enacted in 1992.

Nevertheless, in 1995, it became necessary to newly amend Financial Entities Act through Act N° 24,485 introducing through art. 35 bis, Chapter II the legal definition denominated: „Exclusion of assets and liabilities and transfer to other financial entities", granting additional powers to the Central Bank of the Argentine Republic.

As from the enactment of Act N° 24,144, the liquidation of a financial entity the license whereof had been revoked by the Central Bank of the Argentine Republic was an administrative affair with the BCRA acting as Liquidator and in the case of the adjudication of bankruptcy of such former financial entity, the Central Bank of the Argentine Republic would act as a Receiver. Nowadays, liquidation is no longer an administrative issue but a court decision.

We should further note that as from the enactment of Act N° 24.485, there is a legal definition – exclusion of assets and liabilities and transfer to other financial entities – which shall be dealt with below.

To begin with, it should be noted that although the liquidation of the patrimony of financial entities whose license has been revoked operates through a court liquidation or a bankruptcy proceeding, there is a coexistence with the legal definition mentioned in the next above paragraph in such cases as are involving exclusion of patrimony from court proceedings

f) Situaţiile financiare consolidate, luând în considerare lichiditatea şi bonitatea conform reglementărilor în vigoare;

g) Lista viitorilor membrii ai organismelor de conducere, administrare şi control ale entităţii rezultante sau care absoarbe alte entităţi, ca şi certificatele care să ateste cazierul lor judiciar;

h) Lista acţionarilor companiei care a rezultat din fuziune sau ai entităţii care absoarbe alte entităţi, menţionând domiciliul, naţionalitatea şi interesele respectivilor, ori de câte ori un astfel de interes ar putea depăşi procentul de capital şi/sau voturi;

i) Sediul operativ sau sediul entităţii rezultante sau al celei care absoarbe alte entităţi.

O fuziune trebuie să fie autorizată de către Banca Centrală a Republicii Argentina, dacă anumite cerinţe conform unor rezoluţii relevante sunt satisfăcute, cum ar fi:

a) Aprobarea contractului de fuziune, înregistrarea entităţii rezultante ori a reformelor aduse regulilor interne ale entităţii care absoarbe alte entităţi şi dizolvarea companiilor fuzionate prin decizia adunărilor generale respective ale acţionarilor;

b) Acordul autorităţii guvernamentale competente şi înregistrarea la Registrul Comerţului a contractului final al fuziunii şi regulilor interne ale entităţii rezultante sau înregistrarea reformelor introduse prin regulile interne ale entităţii care absoarbe alte entităţi. În cazul asociaţiilor de tip cooperativă, aprobarea şi înregistrarea la autoritatea de aplicare a legii conform Legii nr. 20.337;

c) Conformitatea eficace cu orice altă cerinţă sau termeni şi condiţii pe care autoritatea care emite rezoluţia i-ar putea stabili;

d) Toate aceste cerinţe trebuie să fie respectate cu nu mai puţin de 30 de zile înainte de data începerii activităţilor entităţii care se formează ca urmare a fuziunii iar această conformitate trebuie raportată Superintendenţei Entităţilor Financiare şi de Schimb astfel încât acest organism să poată lua o decizie în acest sens.

Şi în sfârşit, trebuie să remarcăm că în Comunicatul A 2241 la pct. 2.4 se stipulează că regulile privind fuziunile entităţilor financiare, dacă sunt consecvente, se vor aplica şi în continuare pentru transferul fondului de comerţ (*engl. goodwill*) al acestor entităţi.

Să ne amintim în legătură cu acest lucru că art. 7 din Legea Entităţilor Financiare menţionează posibilitatea de a transfera fondul de comerţ al entităţilor financiare, subiect al unei autorizări prealabile emisă de B.C.R.A.

II. Excluderea de active şi pasive – art. 35 bis din legea entităţilor financiare

Conform Legii Entităţilor Financiare nr. 21.526, ulterior modificată, începând din 1992, Banca Centrală a Republicii Argentina nu mai este lichidatorul entităţilor financiare sau administratorul lor judiciar în cazul unei hotărâri judecătoreşti de faliment. În prezent, atât lichidatorul judecătoresc al entităţii financiare cât şi administratorul judiciar al unui astfel de faliment sunt aleşi aleator din listele de contabili autorizaţi conform Legii Acordurilor cu Creditorii şi Falimentelor; iar dacă un Lichidator Judiciar este ales aleator şi ulterior va exista o hotărâre judecătorească de faliment, această oficialitate va continua să acţioneze în calitate de Administrator Judiciar al respectivului Faliment, făcând nenecesară selecţia aleatoare pentru a numi un Administrator Judiciar. Indiferent de cele menţionate mai sus, Banca Centrală a Republicii Argentina va continua să-şi exercite calitatea de administrator judiciar

by an administrative decision of the Central Bank of the Argentine Republic pursuant to art. 35 bis of the Financial Entities Act.

In short, the decision to revoke a bank's license by the Central Bank of the Argentine Republic is an administrative decision, whereas the liquidation of such an entity will be however a court decision. For a financial entity to enter into the liquidation stage, two substantial and successive decisions must be taken: an administrative decision (revocation of license) and a court decision (as taken by a commercial judge).

In turn, current Financial Entities Act provides in item III, art. 35 bis that whenever necessary in order to instrument the alternatives pursuant to the said article, i.e.; exclusion of assets and liabilities, the Central Bank of the Argentine Republic may „request a commercial judge to appoint a court comptroller - with or without the removal of the statutory governance authorities – if the assumptions pursuant to article 44th are forthcoming (involving Central Bank of the Argentine Republic's powers to revoke a financial entity's license).

Hence, the competent commercial judge must appoint as comptroller a Central Bank of the Argentine Republic's nominee endowed with such powers as the Central Bank of the Argentine Republic (which may not legally exceed such powers as are vested upon governance or management bodies).

In the following paragraph, we utter a concept which we have reiterated in sundry works published in the Argentine Republic in order to face erroneous interpretations of lower courts which were overcome by appeal.

We stated and we state once again that the function of the court comptroller will only be exhausted by the fulfillment of his or her duty, that is, the signing of all documents and performance of all acts necessary to transfer the excluded patrimony and, within such a context, the eventual adjudication of bankruptcy issued upon a financial entity pursuant to art. 35 bis will obviously not impair court comptrollership's continuity.

In short,

a) the Central Bank of the Argentine Republic is empowered to revoke a license a company holds as a financial entity but it is not empowered to decide its liquidation which should be effected at court nor, therefore, is the Central Bank of the Argentine Republic enabled to appoint a liquidator, a matter which is left to the courts;

b) The Central Bank of the Argentine Republic is empowered to exclude assets and liabilities from the patrimony of a financial entity in distress, through a resolution taken by the Board. Also, Central Bank appoints a Court Comptroller in order to transfer excluded patrimony; but the Central Bank only proposes the name of the future Court Comptroller, it is not however empowered to appoint such a comptroller on its own since such a decision is the court's;

c) Then, as we said above, both designations depend of a law court decision, but in the case of the liquidator the designation is through the list of certified public accountants meanwhile, in the case of the comptroller the law court puts in charge the agent proposed by the Central Bank; let's now study the exclusion of assets and liabilities.

BOWLING GREEN UNIVERSITY LIBRARY

(*engl. Receivership*) pentru procedurile falimentului aşa cum erau ele exercitate la momentul Legii nr. 24.144 intrată în vigoare în 1992.

Totuşi, însă, în 1995, a devenit necesară modificarea din nou a Legii Entităţilor Financiare prin Legea nr. 24.485 care introduce prin art. 35 bis, Capitolul II, definiţia juridică numită: „Excluderea activelor şi pasivelor şi transferul către alte entităţi financiare", conferind astfel prerogative suplimentare Băncii Centrale a Republicii Argentina.

În conformitate cu aplicarea Legii nr. 24.144, lichidarea unei entităţi financiare a cărei autorizaţie de funcţionare a fost revocată de către Banca Centrală a Republicii Argentina a fost o problemă administrativă în care B.C.R.A. acţiona în calitate de Lichidator, iar în cazul unei hotărâri judecătoreşti de faliment al acestei foste entităţi financiare, Banca Centrală a Republicii Argentina acţiona în calitate de Administrator Judiciar. În prezent, lichidarea nu mai constituie o problemă administrativă ci o decizie a instanţei.

Şi mai trebuie să remarcăm că, de la intrarea în vigoare a Legii nr. 24.485, există o definiţie juridică – excluderea de active şi pasive şi transferul lor la alte entităţi financiare – de care ne vom ocupa mai jos.

Pentru început, trebuie să remarcăm că deşi lichidarea patrimoniului entităţilor financiare a căror licenţă a fost revocată operează printr-o lichidare judecătorească sau o procedură de faliment, ea coexistă cu definiţia juridică menţionată în paragraful de mai sus pentru cazuri precum cele implicând excluderea patrimoniului din procedurile instanţei printr-o decizie administrativă a Băncii Centrale a Republicii Argentina, conform art. 35 bis al Legii Entităţilor Financiare.

Pe scurt, decizia de a revoca autorizaţia de funcţionare a unei bănci de către Banca Centrală a Republicii Argentina este o decizie administrativă, pe când lichidarea unei astfel de entităţi este o decizie a instanţei. Pentru ca o entitate financiară să intre în faza de lichidare, trebuie luate două decizii importante şi succesive: o decizie administrativă (revocarea autorizaţiei) şi o decizie a instanţei (luată de către un judecător comercial).

La rândul ei, Legea curentă a Entităţilor Financiare stipulează în Titlul III, art. 35 bis că, ori de câte ori este necesară instrumentarea de alternative conform articolului menţionat, respectiv excluderea de active şi pasive, Banca Centrală a Republicii Argentina poate „cere unui judecător comercial să numească un inspector-controlor judecătoresc (*engl. cort comptroller*) – cu sau fără destituirea autorităţilor de conducere legale – dacă ipotezele conform art. 44 devin iminente (implicând prerogativa Băncii Centrale a Republicii Argentina de a revoca autorizaţia de funcţionare a unei entităţi financiare).

De aceea, judecătorul comercial competent trebuie să numească ca inspector-controlor persoana nominalizată de către Banca Centrală a Republicii Argentina, care va fi mandatată cu aceeaşi autoritate ca şi Banca Centrală a Republicii Argentina (şi care nu poate din punct de vedere legal să depăşească autoritatea cu care sunt învestite organismele de conducere sau de administrare).

În următorul paragraf, dezvoltăm un concept pe care l-am tot menţionat în variate lucrări ale noastre publicate în Republica Argentina cu scopul de a provoca unele interpretări eronate ale instanţelor inferioare care au fost depăşite prin apel.

Am afirmat şi afirmăm încă o dată că funcţia inspectorului-controlorului judecătoresc se va termina doar după îndeplinirea îndatoririlor sale, respectiv semnarea tuturor documentelor şi efectuarea tuturor acţiunilor necesare pentru transferul patrimoniului exclus şi, într-un astfel

Which are the background and purposes of asset and liability exclusion under art. 35 bis?, what is, briefly, such patrimonial exclusion? We shall now try and answer these questions.

As regards background and purpose of such an exclusion:

We still consider, although plentiful Argentine doctrine Argentina runs counter our position, that the law which was previously applicable to the consolidation of the patrimony of financial entities (Act N° 22,529) constitutes a substantial background. It is nevertheless clear that we have stated and underlined the differences among the previously denominated *separated patrimony* and the currently denominated *excluded patrimony* without however disavowing the fact that one is the antecedent of the other.

The aim of Financial Entities Act N° 21,526 of 1982 which included wording from above mentioned Act N° 22,529, was the consolidation of financial entities and required the commitment of another entity to take up administration of such entities through absorption or otherwise by changing the control of the company via a share purchase; eventually, the Central Bank of the Argentine Republic could – if convenient to further such aim – exclude from such company's patrimony certain assets and liabilities which were not earmarked for liquidation pursuant to Financial Entities Act 21,526.

Current Financial Entities Act N° 21,526 and as amended by Act N° 24,485, allows the Central Bank of the Argentine Republic to authorize restructuring a financial entity and exclude assets and liabilities prior to consider a revocation of its license.

In the days prior to exclusion – separated patrimony – the sole end of exclusion was making possible to substantially change in the control of a company; contrariwise, under the current wording, the purpose of asset and liability exclusion may be avoiding such a change so as to make a restructuring of the financial entity possible so that it may continue operating as such irrespective of what it may occur to the excluded patrimony. Over the effectiveness period of Act N° 22,529, the sole end of exclusion was for the financial entity to take control of an entity in distress, nowadays, the purpose of such an exclusion may – *may* not *must* as we have underlined in previous papers – be to allow for the continuity of the entity in distress.

The fact is that under the old wording of Financial Entities Act, residual patrimony (i.e.; non excluded) tended unfailingly to be insufficient for the continuation of a financial activity while the current wording makes it possible for a financial entity to go on operating as such availing itself of non excluded, remaining or residual patrimony to perform its proper activities. This legal alternative has not as yet come to happen but this does not mean its future occurrence should be discarded.

Since we have accepted the difference, let us now also accept the likeness as far as powers vested upon the Central Bank of the Argentine Republic to split a portion of the patrimony of an entity in distress in order to protect people's savings in the best way possible are concerned.

Thus, Consolidation Act N° 22,529 is a valid antecedent to current art. 35 bis of the Financial Entities Act and the purpose of such article may be restructuring a financial entity, protecting depositors or protecting depositors without providing for the continuity of the entity.

The second question will be answered as follows:

de context, în cele din urmă, se emite o hotărâre judecătorească de faliment pentru o entitate financiară conform art. 35 bis care evident nu va afecta continuitatea instituției de inspector-controlor judecătoresc.

Pe scurt,

a) Banca Centrală a Republicii Argentina este autorizată să revoce o autorizație de funcționare deținută de o companie de tip entitate financiară dar nu este autorizată să îi decidă lichidarea care trebuie să fie efectuată de către o instanță; deci, Banca Centrală a Republicii Argentina nu poate nici să numească un lichidator, această problemă fiind lăsată în seama instanțelor;

b) Banca Centrală a Republicii Argentina este autorizată să excludă active şi pasive din patrimoniul unei entități financiare aflată în dificultate, printr-o rezoluție luată de către Consiliul de Administrație. De asemenea, Banca Centrală numeşte un inspector-controlor Judecătoresc cu scopul de a transfera patrimoniul exclus; dar, Banca Centrală propune doar numele viitorului inspector-controlor judecătoresc, nefiind totuşi autorizată să numească un astfel de inspector-controlor dintre angajații proprii, căci această decizie aparține instanței.

c) apoi, aşa cum am menționat mai sus, ambele numiri depind de decizia unui tribunal dar, în cazul lichidatorului, numirea se face din lista de contabili autorizați în timp ce în cazul inspectorului-controlor tribunalul numeşte agentul propus de către Banca Centrală.

Să vedem acum excluderea de active şi pasive.

Care sunt baza şi scopurile excluderii de active şi pasive conform art. 35 bis? Ce este, pe scurt, o astfel de excludere de patrimoniu?

În cele de mai jos voi încerca să răspund acestor întrebări.

În ceea ce priveşte baza şi scopurile unei astfel de excluderi:

Noi încă considerăm – deşi foarte mult din doctrina din Argentină se opune poziției noastre, că legea care fusese anterior aplicabilă pentru consolidarea patrimoniului entităților financiare (Legea nr. 22.529) constituie o bază de substanță. Totuşi însă, este clar că noi am afirmat şi subliniat diferențele dintre anterior numitul *patrimoniu separat* şi curent numitul patrimoniu exclus fără să negăm faptul că unul este antecedentul celuilalt.

Scopul Legii Entităților Financiare nr. 21.526 din 1982 care includea formularea din mai sus menționată Lege nr. 22.529, a fost consolidarea entităților financiare şi necesitatea angajamentului unei alte entități de a prelua administrarea acestor entități prin absorbție sau în alt fel, prin schimbarea controlului companiei viza o achiziție de acțiuni; în cele din urmă, Banca Centrală a Republicii Argentina ar putea – dacă este convenabil pentru un astfel de scop – să excludă din patrimoniul unei astfel de companii anumite active şi pasive care nu au fost repartizate pentru lichidare, conform Legii Entităților Financiare nr. 21.526.

Legea curentă a Entităților Financiare nr. 21.526, modificată de Legea nr. 24.485, permite Băncii Centrale a Republicii Argentina să autorizeze restructurarea unei entități financiare şi să excludă active şi pasive, înainte de a lua în considerare o revocare a autorizației ei de funcționare.

În zilele anterioare excluderii – patrimoniul separat – unicul scop al excluderii era să facă posibilă schimbarea substanțială în controlul companiei; contrar acestei abordări, în formularea prezentă, scopul excluderii de active şi pasive poate că evită o astfel de schimbare astfel încât să facă posibilă restructurarea entității financiare, aşa încât această să poată să îşi continue operațiunile indiferent de ce ar putea să se întâmple cu patrimoniul exclus. În perioada când

Patrimonial exclusion is a tool provided by the Financial Entities Act to the Central Bank of the Argentine Republic for certain liabilities held by a financial entity in distress to be disposed of without at the same time having to resort to the disposal of equivalent assets, which will cease consequently to be part of the patrimony of such entity in distress.

This legal definition does not create privileges but finds a way so as to meet privileged credits (indebtedness as regards a financial entity) more rapidly. We are particularly referring herein to depositor credits although labor and Central Bank of the Argentine Republic's credits are also included in this privileged definition bearing in mind that safeguarding bank deposits is what essentially justifies the very existence of this legal definition.

In another paper, we asserted that the whole process of „exclusion implies an anticipated assignation, if you like, of preference within the order of collection pursuant to applicable legislation", we furthermore stressed the word *process* therein since exclusion is a legal mechanism to safeguard privileges, not to create them, let's emphasize it. Hence, the enforcement of this legal definition holds all creditors harmless and benefits some of them.

III. Some concepts about similarities between a merger and an exclusion of assets and liabilities

Art. 7th of Financial Entities Act N° 21,526 states the following:

„Entities as hereunder may not start their activities without a prior license by the Central Bank of the Argentine Republic. The merger or transfer of their goodwill will also require prior authorization".

That is to say that licensing by the Central Bank of the Argentine Republic is an inevitable requirement for a company to develop financial activities and a legal requirement to start such activities. In addition, we see that the Financial Entities Act further demands authorization from the Central Bank of the Argentine Republic for a merger between financial entities or the transfer of goodwill from one financial entity to another to happen.

It is a legal possibility for two financial entities to integrate through merger, for a financial entity to absorb another entity or a financial entity to increase patrimony by purchasing the goodwill of one or more entities; there is an obstacle to overcome: such actions must be authorized by the regulator of financial activities.

We can see that the above mentioned possibilities imply a growth for a financial entity, either by absorption of another entity or the purchase of a portion of the other entity's patrimony through goodwill transfer; let's now refer to other legal norms pursuant to the Financial Entities Act.

On the one hand, art. 35 bis. states the following:

„Whenever by a decision taken at the sole discretion of the Central Bank of the Argentine Republic by the absolute majority of its Board of Directors, a financial entity may be found incurring in any of the situations pursuant to art. 44, the Central Bank of the Argentine Republic may authorize its restructuring in order to protect depositors prior to considering a revocation of license. To such an end, it may adopt any of the following decisions or a combination thereof".

era în vigoare Legea nr. 22.529, unicul scop al excluderii era ca o entitate financiară să preia controlul unei entităţi aflate în dificultate, pe când astăzi, scopul unei astfel de excluderi ar putea – ar putea, nu ar trebui, aşa cum am subliniat într-o lucrare anterioară – fi să permită continuitatea entităţii aflate în dificultate.

Adevărul este că, în conformitate cu vechea formulare din Legea Entităţilor Financiare, patrimoniul rezidual (i.e. neexclus) avea tendinţa de a fi mereu insuficient pentru continuarea activităţii financiare, în timp ce formularea curentă face acest lucru posibil astfel încât o entitate financiară să-şi continue operaţiunile şi deci să se folosească de patrimoniul neexclus, rămas sau rezidual pentru a-şi desfăşura activităţile corespunzătoare. Această alternativă legală nu s-a întâmplat încă, dar asta nu înseamnă că apariţia sa în viitor nu va fi luată în considerare.

Deoarece am acceptat diferenţa, haideţi acum să acceptăm şi probabilitatea privind prerogativele cu care a fost învestită Banca Centrală a Republicii Argentina ca să împartă o parte a patrimoniului unei entităţi aflate în dificultate, cu scopul de a proteja economiile oamenilor în cea mai bună manieră posibilă.

Astfel, Legea Consolidării nr. 22.529 este un antecedent valabil pentru prezentul art. 35 bis din Legea Entităţilor Financiare, iar scopul unui astfel de articol ar putea fi restructurarea unei entităţi financiare, protejând deponenţii ori protejând deponenţii fără a asigura continuitatea entităţii.

Cea de-a doua întrebare va primi răspunsul următor:

Excluderea patrimoniului este un instrument oferit Băncii Centrale a Republicii Argentina prin Legea Entităţilor Financiare pentru anumite pasive ale unei entităţi financiare aflate în dificultate, de care se poate dispune fără ca, în acelaşi timp, să trebuiască să se recurgă la dispunerea de active echivalente şi care, în consecinţă vor înceta să fie parte a patrimoniului unei astfel de entităţi aflate în dificultate.

Această definiţie juridică nu creează privilegii ci găseşte o cale de a satisface creditele privilegiate (îndatorare dacă este vorba de o entitate financiară) mai rapid. Ne referim aici mai ales la creditele deponenţilor, deşi creditele forţei de muncă si cele ale Băncii Centrale a Republicii Argentina sunt de asemenea incluse în această definiţie privilegiată - neuitând că salvgardarea depozitelor bancare este ceea ce justifică însăşi esenţa existenţei acestei definiţii juridice.

Într-o altă lucrare, am afirmat că întregul proces de *excludere implică o transferare anticipată, dacă vreţi de preferinţă, în cadrul unui ordin de colectare conform legislaţiei aplicabile*; am mai accentua cuvântul *proces* aici deoarece excluderea este un mecanism juridic pentru a salvgarda privilegii, nu a le crea, iar acest lucru trebuie subliniat cu tărie. Deci, aplicarea acestei definiţii juridice consideră toţi creditorii inofensivi şi le oferă chiar beneficii unora dintre ei.

III. Unele concepte despre similitudini între fuziune şi excluderea de active şi pasive

Art. 7 din Legea Entităţilor Financiare nr. 21.526 afirmă următoarele:

„Entităţile de mai jos nu îşi pot începe activitatea fără o autorizare de funcţionare emisă în prealabil de către Banca Centrală a Republicii Argentina. Fuziunea sau transferul fondului lor de comerţ vor necesita de asemenea o autorizare prealabilă".

B.C.U. "M. EMINESCU" IAŞI

Amongst such possible decisions, Title II mentions: „Exclusion of assets and liabilities and transfer to other financial entities".

We see that albeit the legal definition of exclusion of assets and liabilities focuses upon the restructuring of an entity in order to safeguard credit and bank depositors under Chapter IV, Title III of Financial Entities Act denominated: „Restructuring of an entity to safeguard credit and bank deposits", the aim is here focused upon entities in distress, it is also true that the subsequent purchase by a financial entity of excluded patrimony of another entity through the application of the above quoted norm is also important.

Irrespective of any consideration about its differences, excluding assets and liabilities as under Financial Entities Act is – as it is the case with any other patrimonial increase – but a way to make a financial entity grow.

Looking back to the foregoing analysis, our conclusion may be that while a merger involves a universal assumption of rights and obligations comprising the patrimony of the merged, the purchasing entity which acquires a financial entity's excluded assets and liabilities does not incur in any commitment but such as is explicitly and precisely set forth in the administrative resolution issued by the Central Bank of the Argentine Republic pursuant to art. 35 bis. of Financial Entities Act.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Cu alte cuvinte, autorizarea de către Banca Centrală a Republicii Argentina este o cerinţă inevitabilă pentru ca o companie să desfăşoare activităţi financiare, existând în plus cerinţa legală de a începe astfel de activităţi. Mai mult chiar, vedem că Legea Entităţilor Financiare mai necesită autorizarea Băncii Centrale a Republicii Argentina pentru ca să aibă loc o fuziune între entităţile financiare sau transferul de fond de comerţ de la o entitate financiară la o alta.

Avem o posibilitate juridică pentru ca două entităţi financiare să se poată integra printr-o fuziune, pentru ca o entitate financiară să absoarbă o altă entitate ori pentru ca o entitate financiară să-şi mărească patrimoniul prin achiziţia fondului de comerţ al uneia sau mai multor alte entităţi; există însă şi un obstacol de depăşit: astfel de acţiuni trebuie să fie autorizate de către organismul de reglementare a activităţilor financiare.

Putem vedea că posibilităţile menţionate mai sus implică creştere pentru o entitate financiară, fie prin absorbţia unei alte entităţi, fie prin achiziţia unei părţi din patrimoniul unei alte entităţi prin transferul de fond de comerţ; în cele de mai jos ne vom referi şi la alte norme juridice conform Legii Entităţilor Financiare.

Pe de o parte, art. 35 bis afirmă următoarele:

„Ori de câte ori, ca urmare a unei decizii luate prin discreţia Băncii Centrale a Republicii Argentina – prin majoritatea absolută a Consiliului său de Administraţie, o entitate financiară se găseşte în poziţia de a se afla în oricare dintre situaţiile conforme cu art. 44, Banca Centrală a Republicii Argentina poate autoriza restructurarea acesteia, cu scopul de a proteja deponenţii înainte de a lua în considerare revocarea autorizaţiei sale de funcţionare. În acest scop, Banca poate adopta oricare dintre următoarele decizii ori o combinaţie a lor".

Între astfel de posibile decizii, Titlul II menţionează: „Excluderea de active şi pasive şi transferul lor către alte entităţi financiare".

Vedem deci, că deşi definiţia juridică a excluderii de active şi pasive se concentrează pe restructurarea unei entităţi cu scopul de a salvgarda creditul şi deponenţii băncilor, sub Capitolul IV, Titlul III din Legea Entităţilor Financiare prin denumirea „Restructurarea unei entităţi pentru a salvgarda creditul şi deponenţii băncilor", aici scopul este concentrarea pe entităţile aflate în dificultate; însă este adevărat şi că achiziţia ulterioară de către o entitate financiară a patrimoniului exclus al unei alte entităţi prin aplicarea normei menţionate mai sus este şi aceasta importantă.

Neluând în considerare diferenţele, excluderea activelor şi pasivelor conform Legii Entităţilor Financiare este – aşa cum este cazul cu oricare altă mărire a patrimoniului – doar o modalitate de a face să se mărească o entitate financiară.

Examinând analiza de mai sus, concluzia noastră poate fi aceea că, în timp ce o fuziune implică o ipoteză universală a drepturilor şi obligaţiilor cuprinzând patrimoniul fuzionatului, entitatea achizitoare care achiziţionează activele şi pasivele excluse ale unei alte entităţi financiare nu suportă nici un angajament în afara celor stipulate explicit şi precis în rezoluţia administrativă emisă de către Banca Centrală a Republicii Argentina conform art. 35 bis din Legea Entităţilor Financiare.

Versiunea în limba română dr. Flavia Toader

The Regulatory Component in the Prudential Supervision of Credit Institutions

Ianfred SILBERSTEIN
National Bank of Romania

Our study intends to identify the role of the regulatory component in the prudential supervision of credit institutions so as to demonstrate its efficiency in assuring the viability of national banking systems.

Starting from the biunivocal correlation between regulatory and supervisory activities, we must underline the fact that supervision involves the previous existence of regulatory activity in the field, without which this institution could not fulfil its function and goal, while, at the same time, it is a prerequisite for the regulatory activity in accordance with the needs of practice highlighted precisely following the supervisory practice of the competent authority.

Thus, we can explain the fact that both the regulatory activities in banking, as well as the prudential supervision of credit institutions are prerogatives of the same institution, defined as the competent authority for the matter.

In this respect, art. 4 par. (1) of the Government Emergency Ordinance no. 99/2006 on credit institutions and capital adequacy sets forth that: „the National Bank of Romania is the competent authority as regards regulatory activity, the licensing and prudential supervision of credit institutions".

From the order the legislator indicates, we can infer the importance of the regulatory component in the activity of the competent authority in this field. Via regulatory activity, the prerequisites and legal grounds as regards licensing and subsequently, prudential supervision of credit institutions are created.

If we are to attempt a definition of prudential supervision as being „the activity deployed by the banking supervisory body on entities components of the Romanian banking system and which refers to monitoring the manner in which these institutions observe the regulations via which are set forth the prudential requirements in order to ensure the enforcement of a prudent policy and practices to the benefit of the respective banking institution and its customers as well as the credibility and viability of the entire system"[1], we can remark that prudential supervision relies precisely on what regulatory activity has to offer.

Art. 25 of Law no. 312/2004 on the statute of the National Bank of Romania is exclusively dedicated to one of the main responsibilities of this institution – regulatory activity, licensing and supervision of credit institutions – and it shows, under par. (2) that „in order to assure the operating and viability of the banking system, the National Bank of Romania is empowered to: a) issue regulations (...)" which highlights the causal relation between regulatory activity and prudential supervision.

[1] I. Silberstein, *Aspecte juridice în relația dintre banca centrală și băncile comerciale,* Revista română de drept al afacerilor nr. 2/2003, p. 55.

Componenta reglementare în cadrul supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit

Ianfred SILBSERSTEIN
Banca Națională a Românei

Studiul de față își propune identificarea rolului componentei reglementare în cadrul supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit astfel încât aceasta să-și demonstreze eficiența în asigurarea viabilității sistemului bancar național.

Pornind de la o corelare biunivocă care se realizează între reglementare și supraveghere trebuie subliniat faptul că supravegherea implică existența premergătoare a reglementării în materie, fără de care această instituție nu ar putea să-și îndeplinească funcția și menirea sa, iar, în același timp, constituie o premiză pentru o reglementare în concordanță cu necesitățile practice reliefate tocmai ca urmare a exercitării supravegherii de către autoritatea competentă.

Astfel, se explică și faptul că atât reglementarea în domeniul bancar, cât și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit constituie atribute ale aceleiași instituții, definite ca fiind autoritatea competentă în materie.

În acest sens, art. 4 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului arată că „Banca Națională a României este autoritatea competentă cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit".

Din ordinea indicată de legiuitor rezultă primordialitatea componentei reglementare în cadrul activității desfășurate de autoritatea competentă în această materie. Prin reglementare se creează premisele și temeiurile legale în ceea ce privește autorizarea și ulterior, supravegherea prudențială a instituțiilor de credit.

Dacă se încearcă o definire a supravegherii prudențiale ca fiind *activitatea pe care o desfășoară autoritatea de supraveghere bancară asupra entităților componente ale sistemului bancar românesc, care constă în urmărirea modului în care acestea respectă reglementările prin care sunt statuate cerințele prudențiale care să asigure atât aplicarea unei politici și practici prudente în interesul băncii respective și a clienților acesteia, cât și credibilitatea și viabilitatea întregului sistem*[1], se poate observa că supravegherea prudențială se bazează tocmai pe ceea ce îi oferă reglementarea în domeniu.

Art. 25 din Legea nr. 312/2004 privind statutul Băncii Naționale a României este consacrat exclusiv uneia dintre atribuțiile principale ale acestei instituții – reglementarea, autorizarea și supravegherea instituțiilor de credit – și arată, la alin. (2) că „Pentru asigurarea funcționării și viabilității sistemului bancar, Banca Națională a României este împuternicită: a) să emită reglementări(...)" ceea ce evidențiază raportul de cauzalitate dintre activitatea de reglementare și cea de supraveghere prudențială.

[1] I. Silberstein, *Aspecte juridice în relația dintre banca centrală și băncile comerciale*, Revista română de drept al afacerilor nr. 2/2003, p. 55.

BCU BABEȘ-BOLYAI UNIVERSITY LIBRARY

Moreover, there is an intrinsic correlation among the three components in the banking sector, namely regulatory activity, licensing of credit institutions and their prudential supervision, which offers unity in their carrying out, via the uniqueness of the institution which must carry out all these three activities. In this context, we can appreciate that „the imperative norms in a normative act drawn up by the National Bank of Romania are meant to give a clear orientation to credit institutions about the manner in which the supervisory authority understands to monitor their business[2]".

The previous existence of this activity – before licensing and prudential supervision of credit institutions, is justified by the general relation between regulatory activity and regulation enforcement, since, actually, licensing and prudential supervision are activities deployed function of the manner in which regulations in force impose their implementation. Without regulations, we lack a legal framework for the deployment of an activity – as this activity must, first and foremost, be regulated and afterward exercised; exercising refers precisely to the implementation of the activity which has been previously regulated and which is conducted in accordance with the norms set forth via the regulations in that respective matter.

Only when we have regulation in a matter, we can speak about grounds that would bring about the deployment of an activity previously regulated. And this is why, in order to have an efficient prudential supervision, we must have a set of regulations that would provide supervisors the instruments necessary to carry out their mission. Via a proper regulatory activity, the intention is to create an appropriate normative framework in order to issue norms and prudential ratios that banking supervisors have to check during the fulfilment of their duties. If there are gaps in the regulatory activity or if this activity does not provide an adequate framework for the deployment of banking, the activity itself will suffer, thus affecting the goal targeted by the participants involved in such an activity.

The regulations issued by the National Bank of Romania have their legal framework in the provisions of art. 48 of Law no. 312/2004. Analysing this law text, we remark that: 1. these are the legal grounds by which the National Bank of Romania is authorised to issue regulations; thus, the central bank is faced with an express mandate granted by the Parliament to the authority competent to issue regulations in accordance with the targeted goal; 2) the goal targeted by issuing regulations is precisely to enforce and impose observance of legal provisions. This means that the legislator considers the authority as being its associate in transposing the primary regulations stipulated by law, seeing in its regulations the manner in which relevant legal provisions shall be enforced and also assuring their observance by the very measures imposed by the authorities as secondary regulator while, at the same time, as the authority which verifies observance of the law and, consequently, is empowered to apply the necessary measures and sanctions. At the same time, the text of law sets forth in par. (2) the types of regulations that the competent authority is empowered to issue – regulations, orders, norms and circular letters – and establishes their mandatory character in front of public and private legal entities, and in front of natural persons.

By publication in the Romanian Official Gazette, Part I, a principle stipulated by art. 56 par.(1) of the same law sets forth their importance, since in the same document they are next to the regulations adopted by the Parliament and the central and local public administration.

[2] I. Silberstein, *Controlul administrativ şi supravegherea bancară*, Ed. Rosetti, Bucharest, 2005, p. 71.

De altfel, există o corelaţie intrinsecă între cele trei componente: reglementarea în domeniul bancar, autorizarea instituţiilor de credit şi supravegherea prudenţială a acestora ceea ce le oferă o unitate în realizarea lor, prin unicitatea instituţiei chemate a le îndeplini pe toate trei. În acest context se poate aprecia că „normele cu caracter imperativ din cuprinsul unui act normativ elaborat de Banca Naţională a României au menirea de a da o orientare clară instituţiilor de credit asupra modului în care autoritatea de supraveghere înţelege să urmărească activitatea acestora"[2].

Primordialitatea acestei activităţi în raport de cele de autorizare şi supraveghere prudenţială a instituţiilor de credit îşi află justificarea în raportul general dintre activitatea de reglementare şi cea de aplicare a reglementărilor, căci, în fond, autorizarea şi supravegherea prudenţială sunt activităţi care se desfăşoară în raport de modul cum reglementările în vigoare impun realizarea lor în practică. Fără existenţa unei reglementări, ne aflăm în absenţa unui cadru legal de desfăşurare a unei activităţi căci activitatea trebuie, mai întâi, reglementată şi apoi exercitată, iar exercitarea constă tocmai în aplicarea în practică a activităţii care a fost, în prealabil, reglementată şi se realizează în concordanţă cu normele instituite prin reglementările în materia respectivă.

De abia, în momentul în care există o reglementare în materie, poate exista un temei care să determine efectuarea activităţii reglementate anterior. Iată de ce pentru a se realiza o eficientă activitate de supraveghere prudenţială este necesară ca aceasta să aibă o bază de reglementări care să-i ofere supraveghetorului instrumentele necesare în vederea îndeplinirii misiunii sale. Printr-o bună reglementare se urmăreşte crearea unui cadru normativ adecvat prin care sunt edictate norme şi indicatori de prudenţialitate pe care trebuie să-i verifice supraveghetorul bancar în cadrul activităţii sale. Dacă există lipsuri în reglementare sau aceasta nu asigură un cadru adecvat pentru desfăşurarea activităţii bancare, însăşi activitatea va avea de suferit afectând scopul urmărit de participanţi angrenaţi într-o asemenea activitate.

Reglementările emise de Banca Naţională a României îşi au cadrul juridic în dispoziţiile art. 48 din Legea nr. 312/2004. O analiză a acestui text de lege scoate în evidenţă că: 1) acesta este temeiul juridic în virtutea căruia Banca Naţională a României este împuternicită să emită reglementări, aflându-se astfel în faţa unui mandat expres dat de Parlament autorităţii competente de a emite reglementări în raport de scopul urmărit; 2) scopul urmărit prin emiterea de reglementări este tocmai, pentru a pune în aplicare şi a impune respectarea prevederilor legale. Aceasta înseamnă că legiuitorul consideră autoritatea ca fiind asociatul său în transpunerea în viaţă a reglementărilor primare consacrate prin lege, văzând în reglementările acesteia modul în care se vor pune în aplicare prevederile legilor în materie şi asigurarea respectării acestora tocmai prin măsurile impuse de autorităţi ca reglementator secundar şi, în acelaşi timp, ca autoritate care verifică respectarea legii şi care este îndrituită să aplice, în consecinţă, măsurile şi sancţiunile care se impun. Totodată, textul de lege consacră în alin. (2) tipurile de reglementări la care autoritatea competentă este îndrituită să le emită – regulamente, ordine, norme şi circulare – şi le stabileşte caracterul obligatoriu al acestora atât faţă de persoane juridice publice şi private, cât şi faţă de persoanele fizice.

Publicarea lor în Monitorul Oficial al României, Partea I, principiu consacrat de art. 56 alin. (1) din aceeaşi lege evidenţiază importanţa acestora prin faptul că se află alături

[2] I. Silberstein, *Controlul administrativ şi supravegherea bancară*, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2005, p. 71.

Therefore, the National Bank of Romania regulations has the same mandatory regime that the Constitution establishes for the acts of other authorities. Moreover, this gives the certainty that the regulations issued by the National Bank of Romania shall be known by everybody and shall be enforceable starting on the same date, in conformity with the stipulated law principles. Therefore, those who enforce them have the possibility to find out about them and then take adequate enforcement measures. By acknowledging them, credit institutions shall have the legal grounds for their own regulations which they shall either issue or adapt, and, function of the National Bank of Romania's regulations coming into force, shall transpose them into their own business. The National Bank of Romania regulations are, at the same time, the acts which, once appropriated by supervisors and the supervised alike, offer them the prerequisites for a beneficial collaboration in order to reach the goal targeted via prudential supervision.

For supervisors, they are both the legal grounds for the checks and analyses they conduct, as well as the grounds for the findings they end up with after having checked the acts and other documents which credit institutions made available to them, based on the regulatory provisions. At the same time, for the supervised, they are, on the one hand, grounds for the specific regulations that each credit institution issues and enforces in its daily business, while, on the other hand, they are a guide as to the manner in which it has to conduct its business, so that the respective institution observes the prudential norms and ratios that the competent authority has issued in order to ensure the efficient operating of credit institutions so as to maintain the viability of the banking system.

At its turn, the National Bank of Romania – via its threefold role as regulatory authority, as the licensing and the prudential supervision authority for credit institutions, can fine tune, in a beneficial manner, the information it has got from the practical implementation of each separate component. Thus, if initially, at the time of the regulatory action, the central bank relied on the one hand on the Community directives and regulations for the matters it regulated, and, on the other hand, on the concrete socio-economic realities close to the national banking system, after that moment, i.e. after the implementation of regulations, the competent authority shall have the opportunity to compare these regulations with banking practice and, function of that, to restructure its regulations or adapt them so that they become appropriate for the goal targeted via the supervision of credit institutions.

The regulations issued by the authority are the grounds on which, during the exercising of its licensing function of credit institutions, the authority analyses the documentation submitted by applicants in order to be granted an operating license as credit institution. The task of experts in the field is to check to what extent the documents submitted by applicants correspond to the requirements imposed by regulations so that they fulfil their goal.

If we analyse, for example, Regulation no. 11 of the National Bank of Romania of 13 November 2007 on licensing credit institutions, Romanian legal entities and the branches in Romania of credit institutions from third party countries, whose subject is, according to art. 1 par. (2) the fact that it „regulates the procedure, licensing conditions and the documentation that must be submitted to the National Bank of Romania in the licensing process", we shall find out about general provisions that empower the competent authority to appreciate the submitted documents function of the regulatory activity's goal, as well as about provisions which include concrete requirements that applicants or those who provide for the management or financial audit of the future credit institution must comply with. Thus, we find

de reglementările adoptate de Parlament şi de autorităţile administraţiei publice centrale în acelaşi document .

Astfel, reglementările Băncii Naţionale a României au acelaşi regim al obligativităţii pe care Constituţia l-a consacrat actelor celorlalte autorităţi. Totodată, prin aceasta se asigură certitudinea că reglementările emise de Banca Naţională a României vor fi cunoscute tuturor şi vor fi aplicabile de la aceeaşi dată, în conformitate cu principiile de drept consacrate. În acest mod cei care le aplică au posibilitatea să le cunoască şi să ia măsuri adecvate pentru a le pune în aplicare. Cunoscându-le, instituţiile de credit vor găsi temeiurile juridice ale propriilor lor reglementări pe care, fie, le vor emite, fie le vor adapta în raport de reglementările Băncii Naţionale a României şi de la momentul intrării lor în vigoare le vor transpune în practica activităţii pe care o desfăşoară. Tocmai reglementările Băncii Naţionale a României constituie, în acelaşi timp, actele care, însuşite, în egală măsură de supraveghetori şi supravegheaţi, oferă acestora premiza unei colaborări benefice în atingerea scopului urmărit prin activitatea de supraveghere prudenţială.

Ele constituie pentru supraveghetori atât temeiul juridic al verificărilor şi analizelor pe care le realizează, cât şi temeiul aprecierii constatărilor pe care le fac din verificarea actelor şi a celorlalte documente pe care instituţiile de credit le pun la dispoziţia lor, tocmai în baza prevederilor acestor reglementări. În acelaşi timp, ele constituie pentru cei supravegheaţi, pe de o parte, temeiuri pentru reglementările particulare pe care fiecare instituţie de credit înţelege să le emită şi să le aplice în activitatea ei cotidiană, iar pe de altă parte, un ghid al felului în care trebuie să-şi desfăşoare activitatea, astfel încât aceasta să corespundă cerinţelor normelor şi indicatorilor de prudenţialitate pe care autoritatea competentă le are în vedere pentru asigurarea unei activităţi eficiente a instituţiilor de credit în scopul menţinerii viabilităţii sistemului bancar.

La rândul său, Banca Naţională a României, prin întreitul rol pe care îl are de autoritate de reglementare, autorizare şi supraveghere prudenţială a instituţiilor de credit are tocmai posibilitatea de a regla, în scop benefic, informaţiile pe care le deţine din realizarea în practică a acţiunii fiecărei componente în parte. Astfel, dacă iniţial, la momentul reglementării, aceasta se bazează pe de o parte, pe directivele şi reglementările comunitare în materia supusă propriei sale reglementări, iar pe de altă parte, pe realităţile concrete socio-economice şi cele ale sistemului bancar din ţară, ulterior, după aplicarea reglementărilor în practică, autoritatea competentă va avea ocazia să-şi confrunte aceste reglementări în practica bancară şi, în raport de aceasta, să-şi restructureze reglementările, să le adapteze astfel încât ele să corespundă scopului urmărit prin activitatea de supraveghere a instituţiilor de credit.

Reglementările emise de autoritate constituie temeiul în baza cărora, în cadrul funcţiei de autorizare a instituţiilor de credit, se analizează documentaţiile depuse de solicitanţi în vederea obţinerii autorizaţiei de funcţionare a unei instituţii de credit. Sarcina experţilor în domeniu este tocmai de a verifica măsura în care documentele depuse de solicitanţi corespund cerinţelor impuse de reglementări astfel încât să-şi atingă finalitatea.

Dacă analizăm, spre exemplu, Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 11 din 13 noiembrie 2007 privind autorizarea instituţiilor de credit, persoane juridice române şi a sucursalelor din România ale instituţiilor de credit din state terţe, al cărui obiect îl constituie, conform art. 1 alin. (2) faptul că el „reglementează procedura, condiţiile de autorizare şi documentaţia ce trebuie prezentată Băncii Naţionale a României în procesul de autorizare"

general provisions such as: „The National Bank of Romania must be informed as regards the identity of the direct or indirect shareholders of the bank and as regards their participations" (art. 11) or „The quality of the direct and indirect shareholders of a bank must correspond to the requirements set forth by law and this regulation" [art. 12 par. (1)], as well as concrete provisions, targets imposed by the regulation, such as: „Natural persons who are significant shareholders must have personal revenues that are ongoing, unaffected by the fulfilment of their patrimonial obligations and which, by their annual level, justify, in an appropriate manner, the source of funds meant to become participation to the bank's share capital." [art. 13 par. (3)] or „At least one of the managers, respectively of the Board of Directors must submit proof of being able to speak Romanian" [art. 16 par. (3)]. Other provisions are added, mandating the National Bank of Romania to appreciate diverse aspects related to legal requirements.

In this respect, we mention the provision included in art. 12 par. (4), according to which: „Assessing the quality of direct shareholders who are not to hold qualified participations in the bank will consider the provisions of par. (2) let. a). The National Bank of Romania shall be able, on a case by case basis, to consider in its valuation process of these shareholders other aspects set forth under Par. (2)", or the one included under art. 17 par. (1), stipulating that: „The National Bank of Romania assesses, on a case by case basis, for each person nominated to exercise administration and/or management responsibilities, whether the requirements set forth under art. 16 par. (1) are fulfilled – considering the information related to the activity, the experience and reputation of the respective person, as well as any other relevant circumstances." In the same line of thought, we have provisions such as „Subsequent to the National Bank of Romania agreement, individual and/or consolidated annual financial statements drawn up in accordance with other accounting standards acknowledged at international level can also be accepted" (art. 21 par. (1) let. 1) or „In order to assess the persons mentioned under par. (1) (refers to those having close relations with banks), the National Bank of Romania can request any supplementary information and documents" [art. 24 par. (2)].

The manner in which a regulation is structured, as well as the manner of formulating the provisions of that regulation must assure the regulation's efficiency, which can bring about the fulfilment of the goal targeted by the competent authority, respectively prudential supervision, granting the certainty that the respective credit institution shall demonstrate its viability. Thus, we shall have the certainty that this regulation is an efficient prerequisite in the process of prudential supervision. At the same time, this regulation must be in line with the primary regulation (law, government ordinance) it was born from and it must correspond to the regulatory requirements imposed by the framework-law which establishes the way of drawing up regulations (in Romania it is Law no. 24/2000 on legal technique norms in order to draw up normative acts, republished, subsequently amended and supplemented).

Starting from the assumption that a regulation is adequate, the other components of the activity of the competent authority shall serve accordingly to the role they have in accordance with their goal. Actually, regulations shall demonstrate their validity in the process of credit institution licensing and prudential supervision.

In the licensing process, the staff whose duty is to carry out this job must observe the spirit and letter of the regulations they apply to the concrete situation subject to their analysis. In this rationale, they shall examine whether there is harmonisation between the provisions of the secondary regulatory action and the primary regulatory action which generated it, every

vom afla atât prevederi cu caracter orientativ, care abilitează autoritatea competentă să aprecieze documentele depuse în raport de scopul reglementării, cât şi prevederi care cuprind cerinţe concrete pe care trebuie să le îndeplinească solicitanţii sau cei ce vor asigura managementul ori auditul financiar al preconizatei instituţii de credit. Astfel, întâlnim dispoziţii cu caracter generic, cum ar fi: „Banca Naţională a României trebuie să fie informată cu privire la identitatea acţionarilor direcţi şi indirecţi ai băncii şi cu privire la participaţiile acestora" (art. 11) ori „Calitatea acţionarilor direcţi şi indirecţi ai unei bănci trebuie să corespundă cerinţelor prevăzute de lege şi de prezentul regulament" [art. 12 alin. (1)], dar şi dispoziţii concrete, obiective impuse de reglementare, cum ar fi: „Persoanele fizice care au calitatea de acţionar semnificativ trebuie să dispună de venituri personale care să aibă caracter de continuitate, neafectate îndeplinirii obligaţiilor lor patrimoniale şi care, prin nivelul lor anual, să justifice în mod corespunzător proveniența fondurilor destinate participaţiei la capitalul social al băncii". [art. 13 alin.(3)] ori „Cel puţin unul dintre directori, respectiv dintre membrii directoratului trebuie să ateste cunoaşterea limbii române" [art. 16 alin.(3)]. Acestor prevederi le sunt adăugate altele, care mandatează Banca Naţională a României să aprecieze diverse aspecte legate de cerinţele legale.

În acest sens, menţionăm prevederea cuprinsă în art. 12 alin.(4), potrivit căreia; „Evaluarea calităţii acţionarilor direcţi care nu urmează să deţină participaţii calificate la bancă va avea în vedere prevederile alin. (2) lit. a). Banca Naţională a României va putea, de la caz la caz, să ia în considerare în procesul de evaluare a acestor acţionari şi alte aspecte dintre cele prevăzute la alin. (2)", ori cea cuprinsă în art. 17 alin. (1), conform căreia: „Banca Naţională a României evaluează, de la caz la caz pentru fiecare persoană nominalizată să exercite responsabilităţi de administrare şi/sau de conducere, dacă sunt îndeplinite cerinţele prevăzute la art. 16 alin.(1), luând în considerare informaţiile legate de activitatea, experienţa şi reputaţia persoanei în cauză, precum şi orice alte circumstanţe relevante". În acelaşi sens, se află prevederi precum „Cu acordul Băncii Naţionale a României pot fi acceptate şi situaţii financiare anuale individuale şi/sau consolidate care sunt întocmite în conformitate cu alte standarde contabile recunoscute la nivel internaţional". [art. 21 alin. (1) lit. 1] ori „În vederea evaluării persoanelor menţionate la alin. (1) se referă la (cele care au legături strânse cu banca n.a.), Banca Naţională a României poate solicita orice informaţii şi documente suplimentare" [art. 24 alin. (2)].

Modul în care se structurează o reglementare, ca şi modul de formulare a prevederilor pe care le cuprinde trebuie să asigure eficienţa reglementării care numai astfel poate să conducă la realizarea scopului urmărit de autoritatea competentă, respectiv o supraveghere prudenţială care să dea certitudinea că instituţia de credit în cauză îşi demonstrează viabilitatea. În acest fel, există şi certitudinea că reglementarea constituie o premisă eficientă în procesul de supraveghere prudenţială. În acelaşi timp, ea trebuie să fie în concordanţă cu reglementarea primară (legea, ordonanţa de guvern) din care îşi trage izvorul şi să corespundă cerinţelor de reglementare impuse de legea-cadru care stabileşte modul de elaborare a reglementărilor (în România e vorba de Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările şi completările ulterioare).

Pornind de la o asemenea premisă: o reglementare adecvată, celelalte componente ale activităţii autorităţii competente vor fi slujite corespunzător rolului pe care acestea le au conform menirii lor. Reglementările îşi vor demonstra validitatea tocmai în procesul autorizării de instituţii de credit şi în cel al supravegherii prudenţiale a acestora.

time when in this process inappropriate regulatory action shall be found against the need to provide proper conditions for viable credit institutions – when the regulator shall have to adapt the regulatory action to this end.

Under no circumstances shall the regulator be subordinated to individual needs which could make possible the integration in the regulatory canons – via a too wide interpretation or through a favourable wording – of a concrete situation which would not fully observe the prudential requirements considered when drawing up regulations in the matter of credit institution licensing, including the provisions on these institutions' shareholders or management.

The prudential supervisory body starts its role in the licensing process of a credit institution, when it monitors observance of all legal and regulatory requirements which, by their nature, assure the prerequisites of establishing a credit institution able to deploy its business while observing the law and the goal of the legislator.

At that moment, the competent authority which must analyse and decide the licensing of a credit institution is guided in its activity by the regulations of the matter in force, drawn up previously by the same authority which acted as regulator. On this occasion, the regulator's role is verified in practice, since the institution empowered to authorise shall be now in the position to appreciate whether the respective provisions are sufficient and can make the regulatory body have a firm opinion about the future institution's capacity to be able to fulfil the attributions specific to the business it is to deploy.

The analysis of the documentation submitted by the initiators of a credit institution offers the possibility to verify in practice the applicability of all the requirements mentioned in the regulations and the manner in which the general can be transposed into the specific (norm of the case). Practical experience shall offer, at the same time, suggestions and motivations to the regulatory body, which could become the grounds of future amendments of the regulations, in accordance with the needs imposed by practice in the field.

Starting from the provisions of art. 32 par. (3) of the Government Emergency Ordinance no. 99/2006 which sets forth that „the National Bank of Romania grants a licence to a credit institution, Romanian legal person only if it is convinced that this credit institution can assure the deployment of business safely and observing the requirements of a prudent and sound management which would ensure the protection of the interests of depositors and other creditors and the smooth operating of the banking system – meaning that the provisions of the emergency ordinance and the enforcement regulations must be observed", we can reach the conclusion that granting a licence is conditional upon the credit institution's ability to inspire trust to the competent authority that this new credit institution shall demonstrate its viability, trust relying on the fact that even from the licensing stage, it demonstrates that it fully observes the regulations in the matter. From the rationale of the law text, we can underline the primacy of regulations compared to licensing and their importance in the process, since, in the end, only compliance with the regulations of the competent authority guarantees granting a license to a credit institution. Thus, we can underline the subordination of licensing to regulatory activity[3].

From the same position of the primacy of the regulatory activity, we must contemplate its relation with prudential supervision deployed by the competent authority, since only the existence of some regulations which set forth principles, norms and prudential ratios, can be

[3] I. Silberstein, *Banca Națională a României. De la organ al administrației centrale la instituție publică independentă*, Ed. Hamangiu, Bucharest, 2006, p. 256 și urm.

În procesul autorizării, personalul însărcinat cu îndeplinirea acestei componente trebuie să urmărească întocmai spiritul şi litera reglementării pe care o aplică în situaţia concretă supusă analizei sale. În acest spirit se va urmări dacă există concordanţă între prevederile reglementării secundare şi cele ale reglementării primare care a generat-o, ori de câte ori în acest proces se va constata o neadecvare a reglementării în raport de necesităţile asigurării unor condiţii propice pentru o instituţie de credit viabilă, reglementatorul va trebui să adapteze reglementarea tocmai acestui scop.

În nici un caz, reglementatorul nu se va subordona unor necesităţi, de ordin individual, care să facă posibilă integrarea în canoanele reglementării, într-o interpretare prea largă, prin formularea care să o avantajeze, a situaţiei în speţă, care nu s-ar înscrie întrutotul cerinţelor de prudenţialitate avute în vedere în redactarea reglementării din materia autorizării instituţiilor de credit, inclusiv prevederile cu privire la acţionariatul sau managementul acestora.

Autoritatea de supraveghere prudenţială îşi începe rolul în cadrul autorizării unei instituţii de credit, ocazie cu care se urmăreşte respectarea tuturor cerinţelor legale şi regulamentare, care, prin natura lor, asigură premizele constituirii unei instituţii de credit capabile să-şi desfăşoare, în perspectivă, activitatea, în condiţiile legale şi în scopul urmărit de legiuitor.

La acel moment, autoritatea în domeniu care trebuie să analizeze şi să hotărască autorizarea unei instituţii de credit este dirijată în activitatea sa de reglementarea în materie în vigoare, elaborată anterior de aceeaşi autoritate, care a acţionat în calitate de reglementator. Cu acest prilej, se verifică în practică rolul reglementatorului, deoarece instituţia abilitată să autorizeze va putea aprecia dacă prevederile în cauză sunt suficiente şi pot forma convingerea sa cu privire la capacitatea viitoarei instituţii de a-şi putea îndeplini atribuţiile specifice activităţii pe care urmează să o desfăşoare.

Analiza documentaţiei depuse de iniţiatorii unei instituţii de credit oferă posibilitatea verificării în practică a aplicabilităţii tuturor cerinţelor înscrise în reglementări şi modul în care poate fi transpus generalul la nivel particular (normă la caz). Experienţa practică va oferi, în acelaşi timp, sugestii şi motivaţii autorităţii în materia reglementării, care vor putea constitui temeiul unei viitoare modificări a reglementării, în concordanţă cu necesităţile impuse de practica din domeniu.

Pornind de la prevederile art. 32 alin. (3) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 care stabilesc că „Banca Naţională a României acordă autorizaţie unei instituţii de credit, persoane juridice române numai dacă este încredinţată că instituţia de credit poate asigura desfăşurarea unei activităţi în condiţii de siguranţă şi de respectare a cerinţelor unei administrări prudente şi sănătoase, care să asigure protejarea intereselor deponenţilor şi ale altor creditori şi buna funcţionare a sistemului bancar, sens în care trebuie să fie respectate dispoziţiile prezentei ordonanţe de urgenţă şi ale reglementărilor emise în aplicarea acesteia", se poate ajunge la concluzia că acordarea autorizaţiei este condiţionată de convingerea creată autorităţii competente că noua instituţie de credit îşi va demonstra viabilitatea, convingere care se bazează pe faptul că, încă din stadiul autorizării, aceasta demonstrează că se înscrie în reglementările în materie, pe care înţelege să le respecte întocmai. Din raţionamentul textului de lege, se poate evidenţia primordialitatea reglementării în raport de faza de autorizare şi importanţa acesteia în acest proces, căci, până la urmă, numai respectarea întocmai a reglementărilor autorităţii competente garantează acordarea autorizaţiei de funcţionare a unei instituţii de credit. Astfel, se poate sublinia subordonarea activităţii de autorizare celei de reglementare.[3]

[3] I. Silberstein, *Banca Naţională a României. De la organ al administraţiei centrale la instituţie publică independentă*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2006, p. 256 şi urm.

the basis of supervisors' activity in already licensed credit institutions – who thus benefit from legal grounds to appreciate these institutions' compliance with prudential requirements and even apply measures or sanctions, as the case may be.

In this stage, we can underline the efficiency of the authorities' regulations as these regulations are the basis of the entire prudential supervisory process. If regulations do not include adequate norms, the entire process can be distorted, affecting the activity of supervisors who are constrained by the enforcement of some regulations inadequate for their targeted goal.

We have the possibility that norms which at a certain point in time were inadequate subsequently shall no longer be efficient – and the supervisors' practice can demonstrate this fact, a moment when they shall be able to understand the need to amend a regulation so that it is well subordinated to the targeted goal. In principle, the practice of supervisors' actions in credit institutions offers regulators the information they need to adequate existing regulations, namely to amend or supplement them or even to abrogate them and issue new regulations needed, precisely following the experience resulting from the daily business supervisors have to face. Because the prudential supervision of credit institutions has a permanent nature, regulatory activity has the same permanent nature as well.

The ongoing character of regulatory activity is determined by the need offered by socio – economic practice which, on the one hand, creates new financial instruments – banking products or services ancillary to a diversified banking activity, and, on the other hand, stipulates diverse legal relations among the participants to such an activity.

Moreover, the need of this permanent character is determined by the introduction of some ways – requirements and work techniques, which would lead to the strengthening of the banking system, where an essential role belongs to the prudential supervision of credit institutions, as wide in scope and as substantial in nature as possible.

As it is known, supervision is pursued via the periodic reporting that credit institutions must submit, in accordance with the regulations in the field, and via the on-site inspections that supervisors conduct at the headquarters and other premises of credit institutions. The correlation between these supervision types and the importance of the regulations of the competent authority that fundamented them are shown in the provisions of Title III of the Government Emergency Ordinance no. 99/2006. Thus, art. 165 stipulates that: „Credit institutions, Romanian legal persons, are obliged to report to the National Bank of Romania the data and information necessary for the assessment of their compliance with the provisions included in (...) emergency ordinance and the regulations issued for their enforcement, on the dates and in the formats established", while art. 166 par. (1) sets forth that: „the National Bank of Romania assures the verification of the management framework, of the strategies, processes and mechanisms implemented by each credit institution, Romanian legal person, for the observance of the provisions of this emergency ordinance and the regulations issued for their enforcement, and makes its own assessment of the risks the credit institution is or could be exposed to". Moreover, the obligation of compliance with the National Bank of Romania regulations for credit institutions is legally supported by the provisions of art. 25 par. (2) of Law no. 312/2004 on the National Bank of Romania Statute, and many provisions of the Government Emergency Ordinance no. 99/2006.

In this respect, we need to underline the fact that during the verification actions deployed on-site at the headquarters or the secondary premises of a credit institution, bank inspectors monitor the enforcement of regulations, creating a cooperation climate with the staff of the

De la aceeaşi premisă a primordialităţii activităţii de reglementare trebuie privită relaţia acesteia cu activitatea de supraveghere prudenţială desfăşurată de autoritatea competentă, căci numai existenţa unor reglementări care statuează principii, norme şi indicatori de prudenţialitate pot constitui baza activităţii supraveghetorilor la instituţiile de credit autorizate, care beneficiază astfel de temeiuri legale pentru a aprecia încadrarea acestora în cerinţele de prudenţialitate şi chiar pentru aplicarea de măsuri sau sancţiuni, după caz.

În această fază se poate evidenţia eficienţa reglementărilor autorităţii deoarece pe aceste reglementări se bazează întregul proces de supraveghere prudenţială. Dacă reglementările nu conţin norme adecvate, întregul proces ar putea fi denaturat, afectând activitatea supraveghetorilor care sunt ţinuţi de aplicarea unor reglementări inadecvate scopului urmărit.

Există posibilitatea ca normele care au fost la un moment dat adecvate, ulterior pot să nu-şi mai demonstreze eficienţa şi tocmai practica supraveghetorilor poate reliefa acest fapt, moment în care aceştia vor putea sesiza necesitatea modificării unei reglementări astfel încât aceasta să se subordoneze scopului avut în vedere. În principiu, practica din cadrul acţiunilor de supraveghere la instituţii de credit oferă reglementatorilor informaţiile de care au nevoie pentru a adecva reglementările existente, în sensul modificării ori al completării acestora sau chiar al abrogării lor sau al emiterii unor noi reglementări necesare tocmai ca urmare a experienţei rezultate din activitatea cotidiană cu care s-au confruntat supraveghetorii. Cum supravegherea prudenţială a instituţiilor de credit are un caracter permanent şi activitatea de reglementare are un caracter similar, permanenţa activităţii de reglementare este determinată de necesitatea oferită de practica social-economică, care, pe de o parte, crează noi instrumente financiare, produse bancare ori servicii adiacente unei activităţi bancare diversificate, iar, pe de altă parte, consfinţeşte diverse raporturi juridice între participanţii la o asemenea activitate.

Totodată, necesitatea acestei permanenţe este determinată de introducerea unor modalităţi, cerinţe şi tehnici de lucru care să conducă la întărirea sistemului bancar, la care un rol esenţial îl are tocmai o supraveghere prudenţială a instituţiilor de credit, cât mai amplă şi mai substanţială.

După cum este cunoscut, supravegherea se realizează atât prin intermediul raportărilor periodice pe care instituţiile de credit trebuie să le transmită, în conformitate cu reglementările în domeniu, cât şi prin inspecţiile pe care supraveghetorii le desfăşoară la sediul instituţiei de credit şi la sediile secundare ale acesteia. Corelaţia dintre aceste forme de supraveghere şi importanţa reglementărilor autorităţii competente care le-au fundamentat este reflectată în prevederile titlului III al Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006. Astfel, art. 165 arată că: „Instituţiile de credit, persoane juridice române, sunt obligate să raporteze Băncii Naţionale a României: datele şi informaţiile necesare pentru evaluarea respectării dispoziţiilor cuprinse în (...) ordonanţa de urgenţă şi în reglementările emise în aplicarea acesteia, la termenele şi în forma stabilite de aceasta", iar art. 166 alin. (1) prevede că: „Banca Naţională a României asigură verificarea cadrului de administrare, a strategiilor, proceselor şi mecanismelor implementate de fiecare instituţie de credit, persoană juridică română, pentru respectarea dispoziţiilor prezentei ordonanţe de urgenţă şi ale reglementărilor emise în aplicarea acesteia şi realizează propria evaluare a riscurilor la care instituţia de credit este sau poate fi expusă". De altfel, obligaţia respectării reglementărilor Băncii Naţionale a României de către instituţiile de credit îşi află suportul legal atât în dispoziţiile art. 25 alin. (2) din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României, cât şi în numeroase prevederi ale Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006.

bank under verification, creating for it the possibility to know the interpretation given to the regulation provisions directly from the representatives of the competent authority and to transpose them into practice.

Passing to something else now, we must mention that the provisions of the National Bank of Romania regulations are, on the one hand, the legal grounds of the regulations issued by credit institutions in order to deploy their operations, and, on the other hand, they demonstrate the transposition of a general regulation into a specific one referring to the operations of the credit institution issuing it. The individual regulations of each credit institution are communicated to the National Bank of Romania, in conformity with the obligation expressly stipulated in the regulations of the authority – when the central bank analyses the respective regulations against the main requirements included in the primary and secondary banking regulations, and if they see that they do not comply with the prudential norms of these regulations, the National Bank of Romania is empowered to ask the respective credit institution to amend them in order to assure an efficient operating, thus avoiding to endanger the credibility and viability of that credit institution.

In time, the credit institution regulations which have been undertaken by the supervisory body shall be considered during the supervisory actions deployed in that respective credit institution, being, moreover, the legal grounds for the application of sanctions, in conformity with art. 228 par. (2) point a) of the Government Emergency Ordinance no. 99/2006, in case supervisors finds breaches of the supervisory body's own regulations.

Thus, the credit institution benefits from the possibility to prepare itself in order to cooperate well with the supervisory body for the fulfilment of the final target of the two parties.[4]

As the National Bank of Romania is, in conformity with the law, at the same time the regulatory authority, as well as the authority which licenses and prudentially supervises credit institutions, our study has tried to highlight the intrinsic link which exists between the three components and intended to show how the regulatory component – which has a major role, cooperates with the other components by offering them grounds to fulfil their goal under the best conditions.

The practical experience of the cooperation among these components in the activity of the competent authority in Romania has demonstrated that only via such an approach, the function of such an authority can be materialised. The concern to create regulations as adequate as possible to the goal targeted by the prudential supervisory authority has facilitated the provision of favourable conditions for the banking system, including credit institutions credible and viable in the current context.

In addition to this, the turmoil in the global financial and banking system had as one of its causes – mentioned by experts from all over the world for that matter, the lack of an adequate banking regulatory system which could have prevented the consequences already seen or that are to be seen. Reality has imposed more concern in order to create a regulatory system at national and international level that could offer safety as regards the development of credit institutions.

The cooperation among central banks which have the role of prudential supervisory authority as well – together with the specialised authorities and with international financial bodies, as regards the drawing up and enforcement of adequate regulations to strengthen banking systems can be one beneficial way for the recovery of the global situation in this sector.

English version by Flavia Toader, PhD

[4] I. Silberstein, *Cooperarea părților în actul de supraveghere in Piața Financiară* nr. 7-8/2002, p. 55.

În acest sens, trebuie reliefat faptul că în cadrul acţiunilor de verificare desfăşurate la sediul instituţiei de credit ori la sediile secundare ale acesteia, personalul de inspecţie bancară atrage atenţia asupra modului de aplicare a reglementărilor, stabilind un climat de cooperare cu personalul băncii verificate, creându-i posibilitatea să cunoască în mod nemijlocit interpretarea care se dă prevederilor din reglementări chiar de către reprezentanţii autorităţii competente în materie, chemaţi tocmai să le transpună în practică.

În altă ordine de idei, trebuie arătat că prevederile reglementărilor Băncii Naţionale a României constituie, pe de o parte, temeiul juridic al reglementărilor pe care le emit instituţiile de credit în vederea desfăşurării propriilor activităţi, iar pe de altă parte, acestea din urmă reflectă tocmai transpunerea unei reglementări cu caracter general într-o reglementare, cu caracter particular, care priveşte activitatea instituţiei de credit care o emite. Reglementările individuale ale fiecărei instituţii de credit sunt comunicate Băncii Naţionale a României, conform obligaţiei expres prevăzute în reglementările autorităţii, prilej cu care aceasta analizează respectivele reglementări în raport de cerinţele de natură principală cuprinse în reglementările bancare primare şi secundare, iar în cazul în care constată că acestea nu concordă cu normele prudenţiale din acele reglementări, Banca Naţională a României este abilitată să ceară instituţiei de credit în cauză, modificarea acestora pentru a se asigura realizarea unei activităţi eficiente, evitându-se astfel periclitarea credibilităţii şi viabilităţii acelei instituţii de credit.

În perspectivă, reglementările instituţiei de credit care au fost însuşite de către autoritatea de supraveghere vor fi avute în vedere de aceasta în cadrul acţiunilor de supraveghere desfăşurate la nivelul respectivei instituţii de credit, constituind, de altfel, şi temeiul juridic al aplicării de sancţiuni, conform art. 228 alin. (2) pct. a) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, în cazul constatării de către supraveghetori a nerespectării propriilor reglementări.

În acest mod, instituţia de credit beneficiază de posibilităţi de a se pregăti în vederea unei bune cooperări cu autoritatea de supraveghere în realizarea finalităţii urmărite de cele două părţi[4].

Cum Banca Naţională a României este, conform legii, în acelaşi timp autoritatea de reglementare, autorizare şi supraveghere prudenţială a instituţiilor de credit, studiul de faţă a căutat să evidenţieze legătura intrinsecă care există între cele trei componente şi să reflecte modul cum componenta reglementare, care are un rol primordial, conlucrează cu celelalte componente oferindu-le temei pentru realizarea scopului lor în cele mai bune condiţii.

Experienţa practică a conlucrării acestor componente în cadrul activităţii autorităţii competente din România a demonstrat că numai astfel se poate realiza funcţia unei asemenea autorităţi. Preocuparea pentru crearea de reglementări cât mai adecvate scopului urmărit de autoritatea de supraveghere prudenţială a facilitat asigurarea condiţiilor propice pentru un sistem bancar cuprinzând instituţii de credit credibile şi viabile în contextul actual.

De altfel, turbulenţele din sistemul financiar-bancar mondial şi-au aflat o cauză, evidenţiată de specialiştii de pretutindeni, în lipsa unui sistem de reglementare bancară adecvat care ar fi putut preîntâmpina consecinţele deja manifestate sau în curs de manifestare. Realităţile au impus o preocupare sporită pentru crearea unui sistem de reglementări atât la nivel naţional, cât şi la nivel internaţional care să ofere siguranţă în evoluţia instituţiilor de credit.

Cooperarea dintre băncile centrale cu rol de autoritate de supraveghere prudenţială, autorităţile specializate şi organismele financiare internaţionale pe planul elaborării şi aplicării de reglementări adecvate întăririi sistemelor bancare poate constitui o modalitate benefică pentru redresarea situaţiei mondiale în acest sector de activitate.

[4] I. Silberstein, *Cooperarea părţilor în actul de supraveghere*, Revista Piaţa Financiară nr. 7-8/2002, p. 55.

The safety net of the financial system

Gabriel del MAZO
Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias - Argentina

1. Definition and reasons of existence

The safety nets of the financial system are all those measures pertaining to banks which had to be taken by different countries in order to maintain or reinforce the strength and stability of their financial systems and prevent or restrict the effects of the crises that could possibly occur in this field.

The need to apply these safety nets is generated by the essential role of banks in the economy and the impact that these potential problems may cause, because, unlike with other types of companies, the opening or closing of a bank can affect the community.

Banks are more vulnerable than other companies to having liquidity and solvency problems and are exposed to the risk of possible bank runs caused by the lack of trust in banks, in the banking system as a whole or in the national or regional economy.

These particularities and the importance of banks determine the need of having safety nets.

2. Elements:

Generally speaking, the safety nets implemented by countries are made up of several factors which are usually applied gradually, alternatively or jointly as the situation of a bank or a group of banks worsens.

The banking regulator and supervisor are both in charge of some of the factors that integrate the security net, other factors being in the charge of the financial entities while others are in the charge of other agencies.

1) The participation of the *banking regulator and supervisor* to the security net becomes manifest mainly in the following actions:

a) Establishing adequate requirements of domicile and authorization;

b) Issuing reasonable regulations;

c) Exercising the supervision of the financial system;

d) Exercising faculties of sanction;

e) Exercising the function of lender-of-last-resort in order to revert the problems generated by banks' temporary lack of liquidity; and, finally,

f) Implementing agile and secure procedures of restructuring for financial entities in difficulty – in order to achieve this, an adequate legal framework is needed.

2) The *financial entities* authorized to receive the population's deposits are in charge of implementing the use of healthy risk management practices.

Plasa de siguranță a sistemului financiar

Gabriel del MAZO
Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias - Argentina

1. Definiție și motive ale existenței unei plase de siguranță

Plasele de siguranță (*engl. safety nets*) ale sistemului financiar se referă la toate măsurile privitoare la bănci, care au trebuit luate în diferite țări cu scopul de a menține sau a întări puterea și stabilitatea sistemelor lor financiare și a preveni sau a reduce efectele crizelor care ar putea să se materializeze eventual în aceste sisteme.

Nevoia de a aplica aceste plase de siguranță este generată de rolul esențial al băncilor în economie și de impactul pe care aceste posibile probleme l-ar putea produce, căci, spre deosebire de alte tipuri de companii, închiderea sau deschiderea unei bănci poate afecta o comunitate.

Băncile sunt mai vulnerabile decât alte tipuri de companii la probleme de lichiditate și de solvabilitate și, de asemenea, ele sunt expuse și la riscul unor posibile cereri de retrageri masive ale deponenților din bănci (*engl. bank runs*), cauzate de lipsa încrederii în instituțiile bancare, în sistemul bancar ca un întreg ori în economia națională sau regională.

Aceste particularități dar și importanța băncilor determină nevoia existenței plaselor de siguranță.

2. Elemente

În general, plasele de siguranță implementate de către diferite țări sunt determinate de către următorii factori care se aplică de obicei gradat, alternativ sau împreună, pe măsură ce situația unei bănci sau a unui grup de bănci se înrăutățește.

Reglementatorul și supraveghetorul băncilor sunt ambii responsabili de câțiva dintre factorii care integrează plasa de siguranță, alți factori fiind responsabili de entitățile financiare, iar alții de alte agenții.

1) Participarea *reglementatorului și supraveghetorului băncilor* la plasa de siguranță se manifestă în principal prin următoarele elemente:

a) stabilirea de cerințe adecvate de domiciliere și autorizare;

b) impunerea de reglementări rezonabile;

c) exercitarea funcției de supraveghere a sistemului financiar;

d) exercitarea prerogativelor de sancționare;

e) exercitarea funcției de creditor de ultimă instanță (*engl. lender-of-last-resort*) pentru a inversa problemele generate de lipsa temporară de lichiditate a băncilor; și, în sfârșit,

f) implementarea de proceduri agile și sigure de restructurare a entităților financiare aflate în dificultate – pentru a se realiza acest lucru trebuie să existe un cadru juridic adecvat.

BNR - BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ

3) Other agencies are in charge of:

- the funds for banks' capitalization, and
- the deposit insurance scheme.

Let's briefly see how some of these factors operate:

a) *Financial police power*:

In some countries, the *Financial Police Power*, or in other words the legal authority of the State to regulate and monitor the appropriate functioning of the entire financial system is exercised by the Central Bank which fulfils not only its own functions (money issuing, administration of foreign reserves, financial agent of the State, lender-of-last-resort to financial entities etc.), but is also in charge of the regulation and supervision of the financial system.

Different to this, in other countries that faculty is exercised – at least in a predominant way – not by the Central Bank but by another institution.

But whichever are the organizations through which the State exercises its financial police power; they all have in common the fact that this power is fundamentally manifest in three fields:

1) the power to impose and regulate the banking law;

2) the power to control the operations of financial entities; and

3) the power to impose sanctions for any transgression of the law.

In all these situations, we also find the superiority of the control entity and the subordination of the financial entities, as well as a reasonable margin of discretion in favour of the regulator and supervisor in the exercise of their faculties.

Regulatory power: the regulatory power is very important because it allows the issuing of guidelines and technical requirements that financial entities have to observe. Thus, the behaviour of financial entities can be disciplined, and their activity can be guided and channelled towards the raising and positioning of resources in a way the regulator considers best.

The regulatory power must be exercised permanently due to the complexity, dynamic, importance and technical nature that all distinguish financial activity and which call for a permanent adaptation of the regulatory framework by establishing rules which have the character of *governmental acts of general reach.*

Supervision: in Argentina, the supervisory activity is exercised by the Central Bank through the Superintendence of Financial and Exchange Entities, which is a decentralized body in the Central Bank.

The administration of the Superintendence is in the charge of a Superintendent, appointed by the President of the Republic, following the proposal of the President of the Central Bank, and a Vice-superintendent who replaces him in circumstances of vacancy or absence and who exercises the functions that the Superintendent and the General Assistant Managers determine. The Superintendent and the Vice-superintendent are members of the Board of Directors of the Central Bank and their term of office is three years.

According to the law, the implementation of the majority of the decisions which must be taken in matters of Superintendence lays in hands of the Superintendent (faculties of sanction, establishment of an informative and accountancy regime that financial entities

2) *Entităţile financiare* autorizate să primească depozitele populaţiei răspund de implementarea utilizării de practici sănătoase de gestionare a riscurilor.

3) Alte agenţii răspund de:

- fondurile pentru capitalizarea băncilor; şi
- asigurarea depozitelor.

Să vedem, pe scurt, cum operează toţi aceşti factori:

a) *Prerogativa de poliţie financiară* (*engl. Financial police power*):

În unele ţări, prerogativa de poliţie financiară, sau autoritatea legală a Statului de a reglementa şi monitoriza funcţionarea corespunzătoare a întregului sistem, este exercitată de către Banca Centrală care îşi îndeplineşte nu doar propriile sale funcţii (emisiunea monetară, administrarea rezervelor, agent financiar al Statului, creditor de ultimă instanţă al entităţilor financiare etc.), dar mai este responsabilă şi de reglementarea şi supravegherea sistemului financiar.

Spre deosebire de această situaţie, în alte ţări această prerogativă este exercitată – cel puţin predominant – nu de către Banca Centrală ci de către alte instituţii.

Dar oricare ar fi organizaţia prin care Statul îţi exercită prerogativa de poliţie financiară, toate aceste organisme au în comun faptul că respectiva prerogativă este fundamental manifestată prin trei domenii:

1) prerogativa de a impune şi reglementa legislaţia bancară;

2) prerogativa de a controla activitatea entităţilor financiare şi

3) prerogativa de a impune sancţiuni pentru orice încălcare a acestor reguli.

În toate aceste manifestări, mai găsim şi o situaţie de superioritate a entităţii de control şi de subordonare a entităţilor financiare, ca şi o marjă rezonabilă de libertate de acţiune în favoarea reglementatorului şi supraveghetorului ori în exercitarea acestor prerogative.

Prerogativa de reglementare: prerogativa de reglementare este foarte importantă deoarece permite emiterea de linii directoare şi de cerinţe tehnice pe care entităţile financiare trebuie să le îndeplinească. Astfel, comportamentul entităţilor financiare poate fi disciplinat, iar activitatea lor poate fi ghidată şi canalizată spre captarea şi poziţionarea resurselor într-o manieră considerată optimă de către reglementator.

Prerogativa de reglementare trebuie să fie exercitată permanent datorită complexităţii, dinamicii, importanţei şi naturii tehnice care disting activitatea financiară şi care necesită o adaptare permanentă a cadrului de reglementare prin crearea de reguli care să aibă caracterul de *legi guvernamentale de anvergură generală.*

Supravegherea: în Argentina activitatea de supraveghere este exercitată de către Banca Centrală prin intermediul Superintendenţei Entităţilor Financiare şi de Schimb, care este un organism descentralizat din cadrul Băncii Centrale.

De administrarea Superintendenţei sunt responsabili un Superintendent, numit de către Preşedintele Republicii la propunerea Preşedintelui Băncii Centrale, şi un Vice-superintendent care îl înlocuieşte pe primul în caz de post devenit liber sau de absenţă şi care exercită funcţiile pe care le determină Superintendentul şi asistenţii managerilor generali. Superintendentul şi Vice-superintendentul sunt membrii Consiliului de Administraţie al Băncii Centrale, iar mandatul lor durează trei ani.

have to observe). Some decisions are taken together or after having previously informed the Central Bank President (suspension of operations up to thirty days and extension of the Law of Financial Entities to persons not expressly included in it) while others are adopted by the Board of Directors (licence to begin operations, suspension of operations for more than thirty days, bank mergers, transfer of shares, banks restructuring and revocation of the authorization to operate as a bank).

Supervision becomes manifest or is exercised mainly in four stages or moments:

1) Authorization

2) Follow-up

3) Enforcement of restructuring and corrective measures

4) Closing of financial entities

a) *Authorization*: authorization is necessary to open new domestic or foreign financial entities and also to open branches or affiliates of an already authorized entity.

The authorization proceeding needs a serious analysis as regards the convenience of such an initiative, the characteristics of the project, general conditions and particularities of the market, background and responsibilities of the applicants together with an analysis of their previous experience in the financial field, as well as an evaluation of the technical and moral competence of its directors and managers (this implies the existence and observance of the rules which guarantee that the bank management is in the hands of people with enough experience and competence so as to entrust them the development of an activity which is characterized by the importance of the general interests involved in it).

The process of evaluation and authorization must be a dynamic one, this meaning that it must not only contemplate the initial qualification, but it must also be a process of supervision in time, which must progress together with the development of technology and financial business. It also needs an update programme for directors and administrators to guarantee their development in parallel with the evolution of business and international standards in matters of rules and regulations.

This authorization will prevail if the essential conditions taken into consideration by the banking supervisor at the moment of its issuance continue to exist; but if they don't, the authorization can be revoked.

b) *Follow-up*: The follow-up includes:

1) The supervision or audit of the banking operations' compliance with the legal regulations and the rules issued by the banking supervisor.

2) The enforcement of suitable, early, preventive or corrective measures (which are not sanction measures) in order to identify and revert the weaknesses of the entities which breach the law or rules as a consequence of their alienation (for example the requirement to submit an adequacy plan with the purpose of reverting the problem detected, or a plan of regularization and reorganization if the breach detected refers to the technical relations established by the Central Bank in terms of liquidity and solvency, or the order to cease an operation which is considered as being improper or inconvenient).

BUCHAREST UNIVERSITY LIBRARY

Conform legii, implementarea majorităţii deciziilor care trebuie luate în materie de Superintendenţă constituie responsabilitatea Superintendentului (prerogativa de a sancţiona, crearea unui regim informativ şi contabil pe care trebuie să le respecte entităţile financiare). Alte decizii se iau doar după informarea în prealabil a Preşedintelui Băncii Centrale (suspendarea operaţiunilor până la treizeci de zile şi extinderea Legii Entităţilor Financiare la persoane care nu sunt incluse expres în ea), pe când altele sunt adoptate de către Consiliului de Administraţie (autorizaţia de a începe funcţionarea, suspendarea operaţiunilor pentru mai mult de treizeci de zile, fuziuni de bănci, cesiuni de acţiuni, restructurarea băncilor şi revocarea autorizaţiei de funcţionare ca bancă).

Supravegherea se manifestă în principal sau se exercită în patru momente ori faze:

1) Autorizarea;

2) Monitorizarea ulterioară (*engl. follow-up*);

3) Aplicarea de măsuri de restructurare şi corective;

4) Închiderea entităţilor financiare.

a) *Autorizarea:* autorizarea este necesară pentru deschiderea unor noi entităţi financiare naţionale sau străine şi, de asemenea, în cazul deschiderii de noi sucursale sau afiliate ale unei entităţi deja autorizate.

Procedura autorizării cere o analiză serioasă a necesităţii respectivei iniţiative, a caracteristicilor proiectului, condiţiilor generale şi particularităţilor pieţei, a educaţiei şi responsabilităţilor petenţilor, ca şi o analiză a experienţei lor anterioare în activitatea financiară, dar şi o evaluare a competenţei tehnice şi morale a directorilor şi managerilor (acest lucru implică existenţa şi exercitarea regulilor care să garanteze că managementul băncilor se află în mâna unor persoane cu destulă experienţă şi competenţă ca să li se poată încredinţa dezvoltarea unei activităţi care este caracterizată de importanţa interesului general implicat).

Procesul de evaluare şi autorizare trebuie să fie unul dinamic, aceasta însemnând că trebuie nu doar să se ia în considerare calificarea iniţială, dar că trebuie de asemenea să existe un proces de supraveghere în timp, proces care trebuie să evolueze împreună cu evoluţia tehnologiilor şi a companiilor financiare. Dar este nevoie şi de un program actualizat pentru directori şi administratori care să garanteze dezvoltarea lor împreună cu evoluţia afacerilor şi a standardelor internaţionale în probleme de reguli şi reglementări.

Această autorizare va prevala dacă condiţiile esenţiale luate în considerare de către supraveghetorul bancar la momentul acordării ei vor continua să existe, iar dacă ele nu există, autorizarea se poate revoca.

b) *Monitorizarea:* Monitorizarea ulterioară include:

1) Supravegherea sau auditul ajustării activităţii bancare la reglementările legii şi regulilor dictate de către supraveghetorul bancar;

2) Aplicarea unei măsuri corespunzătoare, timpurii şi preventive ori corective (care nu este o măsură de sancţionare) care să identifice şi să inverseze slăbiciunile acelor entităţi care se îndepărtează de la litera legii sau de la reguli, ca o consecinţă a acestei înstrăinări (de exemplu cerinţa prezentării unui plan de adecvare cu scopul de a rezolva o problemă care a fost detectată, ori a unui plan de regularizare şi reorganizare, dacă încălcarea detectată este legată de relaţiile tehnice stabilite de către Banca Centrală în ceea ce priveşte lichiditatea şi solvabilitatea, sau cu scopul de a înceta o operaţiune care este considerată neadecvată sau un inconvenient).

3) When it is not possible to solve the problem by submitting a regularization and reorganization plan, the supervisor must use more severe tools such as bank restructuring or the revocation of the operating licence of the financial entity.

c) Disciplinary measures: Although disciplinary measures do not have the same level of effectiveness to prevent crises as preventive measures have, among supervision faculties we can include the power to initiate an administrative investigation in order to apply appropriate sanctions (fines, disqualifications, and even to revoke an operating licence) for the breaches detected.

The following reasons have been given in order to validate and justify the power of the administrative bodies to exercise their disciplinary faculties:

1) The Administrative Law is not only a system of protection of individual rights in front of the State, but also a way to preserve public prerogatives.

2) The faculties of regularization and control require disciplinary and coercion powers in order to be operative.

3) The exercise of the faculty to sanction by the administrative power is fully compatible with the Constitution as long as the following conditions are met:

a) An express legal authorization to impose sanctions.

b) The observance of the process guarantees, which includes three essential aspects:

i) The need of a clear and precise accusation, in which the misconduct and the allegedly unfulfilled dispositions are accurately described;

ii) The chance of the defendant to practice his/her right of defence, to formulate his/her discharge, to submit and produce the proof which leads to the clarification of the facts and present pertinent closing arguments when the trial period has concluded; and

iii) The right to a grounded resolution that observes all the requirements of an administrative act (motivation, object, procedure, purpose and in some legislations a previous legal opinion.), which implies the right to be properly notified about the decision and its grounds and about the recourses that could be interposed against it, according to the rules of proceedings.

c) Sufficient judicial control, with a wide extent of debate and proof, which in general manifests itself in the so called *direct recourses* before a second instance court, at least in cases of certain importance (for example fines, disqualifications, licence revocations).

3. Lender-of-last-resort:

The Central Bank acts as a lender-of-last-resort when it lends money to a bank because no other bank can do so.

Its main objective is to prevent that a bank's fall cause effects across the rest of the system (systemic risk) and therefore bring about a larger-scale crisis, with an unpredictable cost for the economy in general.

This role of the Central Bank derives from the distinctive nature of one of the main activities of banks: the transformation of maturities. Bank assets have a longer tenor than its liabilities and its value depends on the conditions which the market offers to the companies to

3) Când nu este posibilă rezolvarea problemei prin prezentarea unui plan de regularizare şi reorganizare, supraveghetorul trebuie să utilizeze instrumente mai drastice cum ar fi restructurarea băncii şi revocarea autorizaţiei de funcţionare sau de operare ca entitate financiară.

c) *Măsuri disciplinare:* Deşi măsurile disciplinare nu au acelaşi nivel de eficacitate în ceea ce priveşte preîntâmpinarea crizelor ca şi măsurile preventive, printre prerogativele supravegherii putem include şi prerogativa de a iniţia o investigaţie administrativă de aplicare a unor sancţiuni corespunzătoare (amenzi, descalificări şi chiar revocarea autorizaţiei de funcţionare) pentru încălcările detectate.

S-au menţionat următoarele motive pentru a valida şi a justifica dreptul organismelor administrative de a-şi exercita prerogativele disciplinare:

1) Legea Administrativă nu este doar un sistem de protecţie a drepturilor individuale în faţa Statului, ci şi o modalitate de a menţine prerogativele publice.

2) Prerogativele de regularizare şi control necesită autoritate privind disciplina şi coerciţia, cu scopul de a fi operative.

3) Exercitarea prerogativei de sancţionare de către puterea administrativă este total compatibilă cu Constituţia, atât timp cât sunt îndeplinite următoarele condiţii:

a) o autorizare legală expresă de a impune sancţiuni;

b) respectarea garanţiilor procesului, ceea ce include trei aspecte esenţiale, respectiv:

I) necesitatea unei acuzaţii clare şi precise, în care conduitele care se reproşează şi dispoziţiile despre care se face alegaţia că sunt neîndeplinite sunt descrise corect;

II) şansa acordată pârâtului de a-şi exercita dreptul la apărare, de a formula achitarea sa, de a oferi şi produce dovezi care să conducă la clarificarea faptelor şi prezentarea pertinentă a pledoariei finale a avocatului atunci când perioada procesului s-a încheiat; şi

III) dreptul la o hotărâre fundamentată care să îndeplinească toate cerinţele şi legile administrative (motivarea, obiectul, procedura, scopul şi în unele legislaţii o opinie juridică anterioară), ceea ce implică dreptul de a fi notificat corespunzător cu privire la decizie şi toată baza acesteia şi cu privire la recursurile care se pot interpune contra ei, conform regulilor de procedură.

c) un control judiciar suficient, cu o posibilitate extinsă de dezbatere şi de aducere de dovezi, ceea ce în general se manifestă în aşa numitele *recursuri directe* înaintate tribunalului de a doua instanţă, cel puţin în cazurile de o anumită importanţă (de exemplu amenzi, descalificări, revocări de autorizaţii).

3. Creditor de ultimă instanţă

Banca Centrală acţionează ca şi creditor de ultimă instanţă atunci când dă cu împrumut bani unei bănci deoarece nici o altă bancă nu poate să facă acest lucru.

Obiectivul său principal este acela de a împiedica ca falimentul unei bănci să genereze efecte în restul sistemului (riscul sistemic) şi deci să provoace o criză pe scară mai largă, cu un cost neprevăzut pentru economie în general.

Acest rol al Băncii Centrale derivă din natura distinctă a uneia dintre principalele activităţi ale băncilor, respectiv transformarea scadenţelor. Activele băncilor au o scadenţă mai lungă decât pasivele lor, iar valoarea băncilor depinde de posibilităţile pe care piaţa le oferă

whom banks have lent money, while their liabilities are short-term and must be repaid when due. So, if a significant number of depositors simultaneously want to withdraw their money, the bank must firstly resort to its liquidity reserve and once this is depleted, the bank must resort to loans from the rest of the financial system (interbank market) or sell its long- term assets.

However, sometimes it is not easy for a bank to be granted loans from other banks or to sell its portfolio as fast as it needs to, because the other banks do not have sufficient information about the quality of this bank's assets; therefore, the implementation of the operation may need some time. In addition to this, in the case of systemic crises, a great number of banks have liquidity problems simultaneously; consequently, the demand for liquidity exceeds the supply.

This situation may determine a situation in which the people who did not have any doubts concerning the solvency of this bank to begin having them when they find out that they can't get back their deposits, as a result of a liquidity problem of the bank which worsens.

There is a general consensus among experts in banking and monetary issues, namely they believe that the Central Bank or another entity with official support, within legal and prudential boundaries, has to fulfil the role of lender-of-last-resort for the financial system in situations of systemic crises and provide liquidity within the limits of its possibilities, with the objective of protecting the payment system; therefore, the Central Bank must provide liquidity when it considers necessary, but always within the precise boundaries that its Organic Letter must establish.

In conclusion, it is convenient for a country to have a Central Bank with powers to act as a lender-of-last-resort and with the role to prevent systemic crises or find better ways to get out of them. But this role shouldn't be exercised with the purpose of providing an advantage to a certain sector of the banking system, nor should it be exercised in an excessive manner, without firstly assessing the equation between costs and benefits or the help a state aid could bring – though this help is no more than a loan that must be paid back.

4. The funds for bank capitalization

With some differences regarding their implementation, the bank capitalization funds' main function or purpose is to facilitate or contribute to settle the restructuring processes of troubled banks, by providing them with long-term credit lines and with low interest rates extended to solvent financial entities that participate to this process, either by the acquisition of assets and liabilities of a financial entity in difficulty, or a merger by absorption.

These credit lines are structured as subordinated loans which, in agreement with the rules of bank regulators, can be considered as supplementary capital.

In general, these funds are made up of public resources; a chattel mortgage on the shares of the bank that gets the loan is required as a payment guarantee while the proportion of the loan that is considered *supplementary capital* is reduced as the maximum tenor of the financing elapses.

companiilor cărora băncile le-au dat bani cu împrumut, în timp ce pasivele lor au o scadenţă pe termen scurt care trebuie să fie onorate la timp. Astfel, dacă un număr semnificativ de oameni care au constituit depozite îşi vor retrage simultan depozitele, băncile vor trebui ca mai întâi să utilizeze lichiditatea din rezerve şi odată ce acestea sunt epuizate, ea trebuie să apeleze la credite de la restul sistemului financiar (piaţa interbancară) sau să vândă din activele proprii pe termen lung.

Totuşi însă, uneori nu este uşor pentru o bancă să obţină împrumuturi de la alte bănci sau să-şi vândă portofoliul atât de rapid pe cât au nevoie, deoarece băncile nu au suficiente informaţii cu privire la calitatea activelor băncii, şi deci implementarea operaţiunii poate necesita ceva timp. În plus, în cazul crizelor sistemice, un mare număr de bănci au probleme de lichiditate simultan; în consecinţă, cererea de lichiditate depăşeşte oferta.

Acest lucru ar putea provoca situaţia în care oamenii care nu aveau îndoieli cu privire la solvabilitatea băncilor să înceapă să le aibă atunci când află că nu îşi vor reprimi depozitele, iar rezultatul este că problemele de lichiditate ale băncilor se înrăutăţesc.

Există un consens general între specialiştii în probleme bancare şi monetare, care consideră că Banca Centrală sau o altă entitate cu suport oficial, în limitele legale şi prudenţiale, trebuie să îşi asume rolul de împrumutător de ultimă instanţă pentru sistemul financiar în situaţii de crize sistemice şi să furnizeze lichiditate, în limita posibilităţilor sale, cu obiectivul de a proteja sistemul de plăţi, deci Banca Centrală trebuie să furnizeze lichiditate atunci când consideră necesar acest lucru, însă întotdeauna în limitele precise pe care Legea sa Organică trebuie să le stabilească.

În concluzie, este convenabil pentru o ţară să aibă o Bancă Centrală cu prerogative de a funcţiona ca şi creditor de ultimă instanţă, iar prin acest rol să prevină crizele sistemice sau să găsească alte căi mai bune ca să rezolve situaţia. Dar, acest rol nu trebuie să fie exercitat în scopul oferirii unui avantaj pentru un anume sector al sistemului bancar, nici să fie exercitat într-o manieră excesivă fără a evalua ecuaţia dintre costuri şi beneficii ca şi eventualele avantaje al unui ajutor economic de la Stat – deşi acest ajutor nu este decât un împrumut care trebuie returnat.

4. Fondurile pentru capitalizarea băncilor

Cu anumite diferenţe privind implementarea lor, fondurile pentru capitalizare au ca funcţie sau scop de bază să faciliteze sau să contribuie la finalizarea proceselor de restructurare ale băncilor aflate în criză, fie prin furnizarea de linii de credit pe termen lung şi cu rate de dobândă scăzute unor entităţi financiare solvabile care participă la aceste procese, fie prin achiziţia de active şi pasive de la alte entităţi aflate în dificultate, ori prin fuziuni prin absorbţie cu acestea.

Aceste linii de credit sunt structurate ca nişte împrumuturi subordonate care, în acord cu regulile reglementatorilor bancari, pot fi considerate ca fiind capital complementar.

În general, aceste fonduri sunt formate din resurse publice; este necesar un gaj pe bunurile mobile (*engl. chattel mortgage*) reprezentate de acţiunile băncii care primeşte creditul ca o garanţie de plată, iar proporţia împrumutului care este considerat ca fiind *capital complementar* se reduce pe măsură ce se scurge scadenţa maximă a finanţării.

5. The deposit insurance scheme

Objectives:

The main objectives of a deposit insurance scheme are:

a) To contribute to preserving and strengthening the stability and soundness of the financial system via the maintenance, enhancing or recuperation of the public's trust in financial entities – this must be accomplished by its exercise or by its mere existence. We must clarify the fact that the insured entity is the person who makes the deposit and not the banker. The guarantee's purpose is not to save the bank or its shareholders or administrators but to save depositors, and preserve the stability of the financial system as a whole.

b) To protect small depositors or minor sums that represent a great proportion of the totality of deposits – also called *unsophisticated depositors* who normally do not have enough information (or are not able to analyze it adequately) in order to correctly assess which is the more appropriate entity to receive their money and prevent the risks of a bad choice.

Taking this aim into consideration, the majority of the legislations exclude from the guarantee scheme the deposits made by *sophisticated depositors* who can normally have access to information - such as, among others, the deposits of other financial entities or of individuals or corporations connected to the troubled entity.

c) To encourage the channelling of savings into the legal circuit and therefore discourage their use similar to their use in the illegal circuit.

d) To contribute to an orderly and quick solution for the troubled financial entities.

Types:

Deposit insurance can be classified in the following way:

Depending whether it is expressly stated in the law or not, deposit insurance can *be implicit or explicit.* The international experience has shown us that in moments of crises or in order to prevent them, the State has covered depositors even without an express disposition of the law, with the aim of returning to a situation of calmness and regain the general public's trust in financial entities. Due to this situation, we can speak about countries which have deposit insurance and the ones who believe they do not have it.

According to the scope of the guarantee, the insurance can be total, limited or combined. The total insurance covers 100% of the amount of the guaranteed deposits, the limited one covers deposits only up to a certain amount and the combined one covers, in a limited way, some deposits and, in an unlimited way, other deposits (for example in Honduras, the cover of the deposits is limited - up to one hundred and fifty thousand Lempira, with the exception of the deposits made for the payment of foreign commercial operations, for which a total cover has been settled).

The covered amounts differ from one country to another, but what is important is that all of them should be enough to gain depositors' trust in the financial system, without falling into excesses that could generate the undesired effect of *moral risk*.

BCU NATIONAL CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

5. Asigurarea depozitelor

Obiective

Principalele obiective ale asigurării depozitelor sunt:

a) să contribuie la păstrarea şi întărirea stabilităţii şi solidităţii sistemului financiar prin menţinerea, mărirea sau recuperarea încrederii publicului larg în entităţile financiare, care trebuie realizate prin exercitare sau prin simpla existenţă. Trebuie să clarificăm faptul că asigurată este persoana care constituie depozitul şi nu bancherul. Scopul garanţiei nu este să salveze băncile sau acţionarii ori administratorii lor ci deponenţii, şi să menţină stabilitatea sistemului financiar ca un întreg.

b) să protejeze micii deponenţi sau sumele mici care reprezintă o mare parte a totalităţii depozitelor – aceştia mai sunt numiţi şi *deponenţi nesofisticaţi* – care de obicei nu au destule informaţii (sau nu sunt capabili să le analizeze în mod adecvat) ca să evalueze corect care este cea mai bună entitate care să primească depozitele lor şi astfel să preîntâmpine riscurile unei alegeri proaste.

Luând acest scop în considerare, cea mai mare parte a legislaţiei exclude de la garantare depozitele constituite de *deponenţii sofisticaţi*, care în general au acces la aceste informaţii cum ar fi – între alţii – depozitele constituite de alte entităţi financiare sau de către persoane fizice sau corporaţii care au legătură cu o entitate aflată în dificultate.

c) să încurajeze canalizarea economiilor şi introducerea lor în circuitul autorizat şi deci să descurajeze utilizarea acestor economii în aceleaşi scopuri ca şi în circuitul neautorizat.

d) să contribuie la o soluţie ordonată şi rapidă pentru entităţile financiare aflate în criză.

Tipuri

Asigurarea depozitelor poate fi clasificată în următorul mod:

Depinzând de faptul dacă este sau nu expres stipulat în lege, asigurarea depozitelor poate fi *implicită sau explicită*. Experienţa internaţională ne arată că în momente de criză sau pentru prevenirea lor, Statul trebuie să acopere deponenţii chiar şi fără o dispoziţie expresă în lege, cu scopul de a reinstaura o situaţie de calm şi a recâştiga încrederea publicului în entităţile financiare. Datorită acestei stări de fapt, vorbim de ţări care au asigurarea depozitelor şi ţări care cred că nu o au.

Conform scopului garanţiei, asigurarea poate fi: totală, limitată sau combinată. Asigurarea totală acoperă 100% din suma depozitelor garantate, cea limitată acoperă doar până la o anumită sumă, iar asigurarea combinată acoperă într-o manieră limitată unele depozite şi într-o manieră nelimitată altele (de exemplu în Honduras, acoperirea depozitelor este limitată – până la 150.000 de Lempiras - cu excepţia depozitelor constituite pentru plata unor operaţiuni comerciale externe, pentru care s-a stabilit o acoperire totală).

Sumele acoperite diferă de la ţară la ţară, dar ceea ce este important este că toate trebuie să fie suficiente pentru ca să câştige încrederea deponenţilor în sistemul financiar, fără a cădea în excese care să provoace efectul nedorit de *risc moral*.

International experience has shown us that a total cover can produce undesired effects, contrary to the best practices of financial and monetary policies. That risk is known as *moral risk* and it exists not only in they case of deposit insurance schemes.

In fact, *moral risk* is created by any mechanism that involves the transfer of the normal risks of an operation to a third party (Deposit Guarantee Fund, Central Bank). The contracting parties overlook these risks because another entity takes these risks, thus preventing them to suffer the consequences of their acts.

That undesired effect is usually materialised when there is an implicit or explicit cover of 100% of deposits or when experience demonstrates that the State has never closed a financial entity - or if it has done so, previously, the State had implemented the necessary solutions so that every depositor be paid back his/her credit.

Relying on the protection of a full deposit insurance scheme, financial entities are motivated to grant riskier loans or pay higher interest rates for the funds they raise, especially when they are in trouble.

Depositors – trusting this same protection and motivated by their desire of bigger profits – when they choose a financial entity to do their banking operations with, they will always tend to ignore the quality of the institution and its *relative risk* and will only take into consideration the income these banks offer them.

According to the origin or nature of funds, the deposit insurance schemes may be public, private or combined.

They are public when the guarantee funds of the bank deposits come exclusively from State resources.

They are private when they are made up by the periodic contributions of financial entities - in this case, their operations will be covered by the guarantee.

Finally, the deposit insurance schemes are combined when the State makes an initial contribution with the aim of establishing the fund and later on, the fund increments due to further contributions of financial entities.

Financial entities fulfil their obligation to contribute into the deposit guarantee fund by periodic payments (monthly, quarterly or six-monthly) of a premium, which is usually taken from their current account they hold with the Supervising Body.

This premium is usually composed of a determined interest rate which is calculated for the total deposits of the entity over a certain period of time. In some countries, the premium's base is calculated for the total deposits - guaranteed and not guaranteed; but in others, the rate is applied only to covered deposits.

There are two types of rate, namely the uniform or standard rate for any type of deposit and the differential rate, based on major or minor risk (for example the cases of El Salvador and Argentina).

Generally speaking, the different countries' legislations include the faculty of the Central Bank to issue the cessation of the obligation to contribute (when the funds reach certain levels) or the reduction of the premium.

Finally, the deposit insurance scheme can be mandatory or voluntary. It is mandatory when the law imposes to financial entities the obligation to contribute into the fund; and it

Experienţa internaţională a demonstrat că o acoperire totală produce efecte nedorite, contrar bunelor practici ale politicilor financiare şi monetare. Acest risc este cunoscut ca *fiind riscul moral* şi el nu se manifestă doar în cazul asigurării depozitelor.

De fapt, riscul moral se creează prin orice mecanism care implică transferul riscurilor normale ale unei operaţiuni către un terţ (Fondul de Garantare a Depozitelor, Banca Centrală). Părţile contractante nu mai iau atunci în considerare riscurile deoarece o altă entitate şi le asumă şi le împiedică să suporte consecinţele actelor lor.

Acest efect nedorit se produce de obicei atunci când există o acoperire implicită ori explicită de 100% a depozitelor sau când experienţa demonstrează că Statul nu închide niciodată o entitate financiară, sau dacă o face, Statul aplică în prealabil soluţiile necesare astfel încât nici un deponent să nu perceapă vreo problemă cu creditul său.

Bazându-se pe protecţia unei asigurări totale a depozitelor, entităţile financiare sunt foarte motivate să acorde împrumuturi cu un grad mare de risc sau să ofere rate ridicate de dobândă pentru fondurile pe care le atrag, în special atunci când se află în situaţii dificile.

Deponenţii – având încredere în aceeaşi protecţie şi motivaţi de dorinţa de a avea un profit mai mare – în momentul alegerii unei entităţi financiare care să se ocupe de operaţiunile lor bancare, vor avea tendinţa să ignore calitatea instituţiei şi riscul ei relativ şi vor lua în considerare doar venitul pe care acestea îl oferă.

Conform originii ori naturii fondurilor, asigurarea depozitelor poate fi: publică, privată sau combinată.

Sistemul este public atunci când fondurile pentru garantarea depozitelor din bănci provin exclusiv din resurse ale Statului.

Fondurile sunt private atunci când sunt constituite din contribuţiile periodice ale entităţilor financiare – în acest caz operaţiunile lor vor fi acoperite de garanţie.

În sfârşit, sistemele de asigurare a depozitelor sunt combinate atunci când Statul face o contribuţie iniţială cu scopul de a constitui un fond, iar apoi fondul se măreşte prin contribuţii ale entităţilor financiare.

Entităţile financiare îşi îndeplinesc obligaţia de a contribui la fondul de garantare a depozitelor prin plăti periodice (lunar, trimestrial sau semestrial) de prime, care de obicei sunt luate din contul curent pe care fiecare entitate îl are la Organismul de Supraveghere.

Prima este de obicei compusă dintr-o rată determinată a dobânzii care este calculată pentru totalul depozitelor entităţii într-o anumită perioadă. În unele ţări, baza primei este calculată pentru totalul depozitelor – garantate şi negarantate; în altele, rata este aplicată doar depozitelor acoperite.

Există două tipuri de rate, respectiv cea uniformă sau standard, pentru orice tip de depozit şi cea diferenţială, pe baza riscului major ori minor (de exemplu cazul El Salvadorului şi al Argentinei).

În general, legislaţiile diferitelor ţări includ prerogativa Băncii Centrale de a ordona încetarea obligaţiei de a contribui (atunci când fondurile ating anumite nivele) sau a reduce primele.

Şi în sfârşit, asigurarea depozitelor poate fi obligatorie sau opţională. Este obligatorie atunci când legea impune entităţilor financiare obligaţia de a contribui la fond; şi este opţională

is voluntary when financial entities can decide whether to contribute into the fund or not; the existence or inexistence of a deposit cover will depend upon this classification.

The deposit insurance guarantee scheme in Public Banks is independent from the guarantee of the National, Provincial or Municipal States.

International experience: the majority of countries have chosen the explicit deposit insurance scheme (which is the one expressly established by law), limited (the one which doesn't cover the totality of the deposits), mandatory and combined (which is firstly constituted by public resources and later on the other part is integrated by the contribution of the financial entities).

6. Implementation

As we have mentioned before, the deposit insurance scheme could become effective through two mechanisms:

a) Via the direct payment of the guarantee to the depositors of the troubled entities, this generally implying the subrogation of the deposit insurance agency to the rights of the guaranteed depositors; or

b) Through the *contribution in case of loss* or *refundable contribution* in order to facilitate the restructuring process of the troubled financial entity. In this second situation, *the rule of the lowest cost* must be applied. This rule signifies that the deposit insurance agency can not contribute with a major sum compared to the amount it should count on in the case of direct payment of the guarantee when we have a revocation of the operating licence of the financial entity.

That sum is, in general, the resultant of deducing from the total amount of the guarantee the sum that the deposit insurance agency could recuperate during the bankruptcy proceeding of the revoked entity, on the basis of the value of the assets and the priority or privilege that the law gives to this credit.

There are cases in our country in which several entities are interested to participate to the restructuring proceedings of another entity (by obtaining patrimonial units of its assets and liabilities). In these cases, experience has shown us that a lower contribution into the Bank Deposit Insurance Agency or into the Capitalization Fund, were - together with the hiring a large number of staff - decisive factors to determine which was the best offer.

7. The importance of informing the large public about deposit insurance

For a deposit insurance system to fulfil its objective (gain the trust of the large public in the financial system, but without falling into excesses that could bring about moral risk) the implementation of a program of effective informing is very important, because it allows people to be adequately informed about its existence and scope.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

atunci când entităţile pot decide dacă să contribuie la fond sau nu; de această clasificare va depinde existenţa ori inexistenţa acoperirii depozitelor constituite.

Garanţia asigurării depozitelor constituite în băncile publice este independentă de garanţia statelor naţionale, provinciale ori municipale.

Experienţa internaţională: majoritatea ţărilor au ales asigurarea explicită a depozitelor (care este cea stabilită expres de lege), limitată (cea care nu acoperă totalitatea depozitelor), obligatorie şi combinată (care este mai întâi constituită din resurse publice iar cealaltă parte este mai târziu integrată prin contribuţia entităţilor financiare).

6. Implementarea

Aşa cum am menţionat mai sus, asigurarea depozitelor poate deveni eficace prin două mecanisme:

a) prin plata directă a garanţiei către deponenţii entităţilor aflate în criză, acest lucru implicând în general subrogarea agenţiei de asigurare a depozitelor la drepturile deponenţilor garantaţi; ori

b) prin *contribuţia în caz de pierderi* sau *contribuţia returnabilă* pentru a facilita procesul de restructurare a unei entităţi aflate în criză. În această a doua situaţie, trebuie aplicată *regula costului cel mai scăzut*. Această regulă înseamnă că agenţia de asigurare a depozitelor nu poate contribui cu o sumă importantă în comparaţie cu suma pe care trebuie să conteze în cazul unei plăţi directe a garanţiei atunci când există o revocare a autorizaţiei de a funcţiona ca entitate.

Suma respectivă este în general rezultanta scăderii din suma totală a garanţiei a sumei pe care agenţia de asigurare a depozitelor ar putea să o recupereze prin procedurile de faliment a entităţii revocate, pe baza valorii activelor şi a priorităţii ori privilegiului pe care legea îl acordă creditului.

În ţara noastră, există cazuri în care mai multe entităţi sunt interesate de participarea la procedura de restructurare a unei alte entităţi (prin obţinerea de unităţi patrimoniale a pasivului şi a activului acesteia). În aceste cazuri, experienţa a demonstrat că mai mica cerere de contribuţie din partea Agenţiei de Asigurare a Depozitelor ori a Fondului de Capitalizare, împreună cu angajarea unui număr mare de personal au fost factori decisivi în determinarea celei mai bune oferte.

7. Importanţa informării publicului larg cu privire la asigurarea depozitelor

Pentru ca un sistem de asigurare a depozitelor să îşi îndeplinească obiectivul (să obţină încrederea populaţiei în sistemul financiar fără însă să cadă în excese care să genereze risc moral), implementarea unui program de informare efectivă este foarte important, căci acesta permite ca publicul larg să fie informat corespunzător cu privire la existenţa asigurării şi scopul acesteia.

Versiunea în limba română dr. Flavia Toader

BCU CLUJ / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Deregulation crisis cause, regulation crisis effect

Vlad NEDELEA
Legal advisor
CEC BANK

1. Deregulation, crisis cause

Inter-state economic integration has been one of the essential characteristics of the world economy during the post-war period. It gave birth to some new power centres which have been exercising an increasing influence upon the ratio of forces in the modern world.

Due to this inter-state economic integration, the interdependence among countries together with international economic cooperation has acquired not only new dimensions and particularities but also special dynamics. Moreover, under the impact of inter-state economic integration, during the years 2000's, economic relations underwent even deeper changes across the globe.

The absolutely free circulation of capital has facilitated the creation of some new financial products and markets which started operating interdependently, vertically depending upon a parent group company and horizontally inside this respective group, an interdependence which, at a certain moment in time, had to face the regulatory system of the jurisdictions it was operating in, jurisdictions more or less prepared to meet such a challenge.

The financial and banking system has been the absolute and indisputable pioneer of global integration, this system's development and penetration into diverse geographical territories and areas being done without too much concern about the national regulatory frameworks of the respective economic jurisdictions.

To the contrary, we could say that, if a nation was less mature, if there was an emerging market economy or the regulatory framework was more relaxed, precisely there, capital has found more attractive markets, markets with an appropriate potential for that matter.

The development of intelligent technologies together with their use in the banking sector to a large extent, a more conservative legal framework – and as such a framework lagging behind the financial markets, the perception of certain gaps between the socio-economic realities and the jurisdictional framework have all led to the birth of two major trends: on the none hand, one which supported a more relaxed regulation leaving it to the market to self-regulate and, on the other hand, a more prudent trend which advocated a more careful market supervision, even by using interventionist tools.

The first trend materialized almost only on the US market and it is not by chance that the triggering place of the crisis was the USA, a jurisdiction where financial and banking business was less regulated and where there was some reluctance as regards the implementation of the principles imposed by the Basel Committee on Banking Supervision or of the criteria for assessing and monitoring possible significant risks on these markets – risks for which the system should have been prepared to defend itself. Deregulation, with its natural consequence

BANKING UNIVERSITY LIBRARY

Dereglementarea – cauza, reglementarea – efect al crizei

Vlad NEDELEA
Consilier Juridic
CEC BANK

1. Dereglementarea – cauză a crizei

Integrarea economică interstatală constituie una dintre trăsăturile caracteristice esențiale ale economiei mondiale în perioada postbelică. Ea a determinat formarea unor noi centre de putere care exercită o influență tot mai mare asupra raportului de forțe din lumea contemporană.

Ca urmare a integrării economice interstatale, interdependența dintre țări și cooperarea economică internațională au căpătat nu numai dimensiuni și particularități noi, dar și o dinamică deosebită. De asemenea, sub impactul integrării interstatale, relațiile economice din întreaga lume au cunoscut în perioada anilor 2000 schimbări și mai profunde.

Circulația absolut liberă a capitalului a facilitat crearea unor noi produse și piețe financiare care au început să funcționeze interdependent pe verticală de un grup mamă și pe orizontală în interiorul respectivului grup, interdependența care s-a confruntat la un moment dat cu sistemul de reglementare din jurisdicțiile în care funcționau, jurisdicții mai pregătite sau mai puțin pregătite să facă față unei asemenea provocări.

Sistemul financiar-bancar a fost pionierul absolut incontestabil al integrării mondiale, dezvoltarea și penetrarea sistemului în teritorii și zone geografice diverse făcându-se fără o preocupare prea serioasă asupra cadrului regulator național al jurisdicției economice respective.

Am putea spune că, dimpotrivă, acolo unde societatea era mai puțin așezată, economia de piață mai la început sau unde cadrul regulator era mai relaxat capitalurile si-au găsit piețe atractive și cu potențial corespunzător.

Dezvoltarea tehnologiilor inteligente și folosirea lor pe scară largă în sectoarele bancare, cadrul legislativ mai conservator și drept urmare rămas în urma piețelor financiare, sesizarea unor decalaje între realitățile economiceo-sociale și cadrul jurisdicțional au condus la conturarea a doua mari curente: unul care a susținut o reglementare mai relaxată, lăsând piața să se autoreglementeze și unul mai prudent, care a susținut o supraveghere atentă a piețelor si chiar cu pârghii intervenționiste.

Primul curent s-a manifestat aproape total pe piața americană și nu întâmplător locul izbucnirii crizei este Statele Unite ale Americii, jurisdicție unde activitatea financiar-bancară a fost mai puțin reglementată și unde a existat o oarecare reticență în implementarea principiilor impuse de Comitetul de Supraveghere Bancară de la Basell, a criteriilor de evaluare și monitorizarea riscurilor semnificative posibile pe astfel de piețe, riscuri în fața cărora ar fi fost necesar ca sistemul să fie pregătit pentru a se apăra. Dereglementarea, cu consecința

NATIONAL BANK OF MOLDOVA LIBRARY

a shortage of prudential supervision, has allowed US banks – mainly investment banks, to trade receivables on the capital market, securities whose value was going up proportionally with each sale-purchase operation conducted. Receivables with virtual values much higher compared to the real values of the collateral behind these securities have been the natural consequence. As such, these assets called by experts' toxic assets, at their realization, have brought about a deep shortage of funds among those holding them. Chain insolvencies resulted, a situation which brought about the occurrence of some serious cases of potential financial collapse for some large banking or investment groups, both in the USA – the most striking example quoted by the press and analysts being AIG, until rather recently the largest insurer at global level, then Fannie Mae, Freddie Mac etc., as well as in Western Europe, such as Bradford&Bingley, Fortis Bank or Bank of Scotland.

Awareness of the ample process of inter-state economic integration has for Romania a special importance, since the revamping of economic relations based on the principles of a free-enterprise economy supposes a total change of approach regarding international connexions.

Integration into the new economic structures of the European Union or cooperation with other integrated economic communities have forced Romania to open a new chapter in approaching the current issues of the contemporary socio-economic world, particularly concerning monitoring the main trends, as follows:

- the instability of emerging markets (Latin America, Asia, Russia and Eastern Europe);
- the aggregation trend of economic interests via the birth of commercial blocks, characterized by the free circulation of commodities, services and capital;
- the removal of fiscal and customs barriers;
- the economic and monetary union in the EU;
- the globalization of the world economy, manifesting itself in the banking sector as well via mergers, acquisitions, cooperation agreements etc.;
- capital concentration and consolidation of the newly created entities.

Romania, a medium-sized European country with a population significant against the population of Europe, could not remain isolated, without being an integral part of the entire European concert. Even under a command economy or under administrative and political prohibition, people and capital have started circulating ever since the beginning of the '90, so that life was ahead of politics and the judiciary, therefore making the decision-makers in the field of economic- life power and regulation adopt relaxation measures.

The Romanian banking sector started its own reform before 1991, when the National Bank of Romania (NBR) lost its function of commercial bank (which it used to have before 1989), but kept its function of central bank, while the system opened to new banking institutions.

Thus, a two-tier system was created – with a central bank and a banking market where commercial banks created from the former specialized banks started operating.

The system started organizing itself and, in 1991, a first set of new laws regulating one of the fundamental pillars for the support of the young post-communist economy was adopted.

Although not sufficient and with many shadows from the past, this first legislation allowed the banking system to be modernized more quickly, compared to many other sectors. Paradoxically, taking into account the immaturity of a too permissive legal framework for

firească a lipsei de supraveghere prudenţială, a permis Băncilor americane, în principal celor de investiţii, să tranzacţioneze titluri de creanţă pe piaţa de capital, titluri a căror valoare creştea proporţional cu fiecare operaţiune de vânzare cumpărare efectuată. Au rezultat creanţe cu valori virtuale mult ridicate faţă de valorile reale ale garanţiilor care stăteau în spatele acestor titluri. Pe cale de consecinţă, aceste active denumite de specialişti active toxice, la momentul valorificării lor, au determinat o acută criză de fonduri în rândul celor care le deţineau. A rezultat insolvabilitatea în lanţ care a determinat apariţia unor cazuri grave de potenţiale colapsuri financiare ale unor mari grupuri bancare sau de investiţii, atât în Statele Unite, exemplul cel mai de răsunet citat de presa şi de analişti fiind AIG, până nu de mult cel mai mare asigurator mondial, Fannie Mae, Freddie Macetc., cât şi în Europa occidentală, cum ar fi Bradford&Bingley, Fortis sau Bank of Scotland.

Cunoaşterea procesului amplu al integrării interstatale are pentru România o importanţă deosebită, deoarece reaşezarea relaţiilor economice pe principiile economiei libere presupune o schimbare totală de optică cu privire la conexiunile internaţionale.

Integrarea în noile structuri economice ale Uniunii Europene sau cooperarea cu alte comunităţi economice integrate au impus ca România să deschidă un capitol nou în abordarea problemelor actuale ale lumii economico-sociale contemporane, mai ales pentru urmărirea principalelor tendinţe:

- instabilitatea pieţelor emergente (America Latină, Asia, Rusia şi Europa de Est);
- tendinţa de agregare a intereselor economice prin formarea de blocuri comerciale, caracterizate prin libera circulaţie a mărfurilor, serviciilor şi capitalurilor;
- înlăturarea barierelor fiscale şi vamale;
- uniunea economică şi monetară în cadrul U.E.;
- globalizarea economiei mondiale, manifestata inclusiv în domeniul bancar prin fuziuni, achiziţii, acorduri de cooperare etc.;
- concentrarea capitalului si consolidarea noilor entităţi rezultate.

România, ţară europeană de talie medie cu o populaţie semnificativă în populaţia europeană, nu putea rămâne izolată, fără să fie parte integranta a ansamblului concertului European. Chiar în condiţii de dirijism sau de prohibiţie administrativ-politice, oamenii şi capitalurile au început să circule încă de la începutul anilor '90, aşa încât viaţa a luat-o înaintea politicului şi juridicului, determinând factorii de putere şi reglementare în domeniul vieţii economice la adoptarea unor măsuri de relaxare.

Sistemul bancar românesc a început propria sa reformă în 1991, când BNR şi-a pierdut funcţia de bancă comercială (avută înainte de 1989), rămânând bancă centrală, şi sistemul s-a deschis noilor operatori bancari.

S-a creat astfel un sistem pe două nivele, cu o bancă centrală şi cu o piaţă bancară, pe care au început să opereze bănci comerciale, provenite din fostele bănci specializate.

Sistemul a început să se organizeze, şi în 1991 s-a adoptat primul set de legi noi care să reglementeze una dintre coloanele de structură pe care urma să se sprijine tânăra economie postcomunistă.

Deşi insuficientă şi cu multe tare ale trecutului, această primă legislaţie a permis ca sistemul bancar să fie mai repede modernizat decât multe alte sectoare. Paradoxal, pe fondul

the respective period, despite some problems of a number of commercial banks negatively perceived by the population but beneficially by the economy, the banking sector became visibly more stable and better regulated than the rest of the economy, considered in its entirety.

Romania's integration into the international monetary and financial structures, the adopting of some political and military partnerships, compliance with the general conditions meant to prepare our country's joining the Euro-Atlantic structures have brought about the changes in the substance of the legislation governing the system on both tiers; so that, in 1998, both the central bank and commercial banks alike benefited from a new legal framework, adopted on three main levels: the NBR statute, banking and bank bankruptcy.

The banking sector in its entirety was thus prepared to function on a free and partially integrated market, a market carefully regulated and supervised by the central bank; during 1999-2000, bank bankruptcies determined the central bank to strengthen the supervision of commercial banks by adopting some measures, not always liked by bankers.

Under the current conditions on the global capital market – and of course here we mean the existing global financial crisis, the regulatory and prudential supervision measures adopted by the NBR proved to have reached their main target, i.e. to limit the effects of the financial crisis on the Romanian market, effects felt more first in the USA and, subsequently, in conformity with the *domino* principle, on Western European markets as well.

2. Anti-crisis strategies and plans

After the crisis outburst, the entire global financial market was forced to find urgent solving variants, the financial crash meaning, actually, economic collapse. And so, immediate solutions occurred, such as the merger between financial groups or the state intervention – by the purchase of toxic assets, next to a proposal for a long-term solution, namely to regulate the lines of business which triggered the crisis.

Started with a liquidity shortage on capital markets, a shortage which did not allow any longer for the appropriate development of business, the financial crisis expanded via the global financial and banking network all across the world, affecting, indirectly, different sectors of the world economies. In order to attempt a very efficient reduction of its effects, as well as in order to recover from the difficulties generated by this liquidity shortage, large financial groups all over the world merged - and here we must mention *JP Morgan* the buyer of *Washington Mutual*, or the merger between *Wells Fargo* and *Wachovia*. Besides the profitability dimension of a merger - and by this wording we mean grasping the opportunity occurring on the capital market for the more prudent players to take over the shares of their peers whom the crisis has dramatically affected quotations, limiting competition or enhancing turnover and implicitly profits, the mergers between financial groups have tried to support, as much as possible, the survival of the companies on the edge of collapse – either by capital injections, in order to provide the liquidity necessary to continue business, or by eliminating the non-performing assets held, an elimination conducted via their realization at real value, even if this realization meant a loss actually.

Besides these mergers which proved to be insufficient, a major role in mitigating the crisis effects belongs to the state, via its two strategies: a short-term, immediate strategy, materialised in massive liquidity advances in order to avoid the collapse of troubled companies,

imaturităţii unui cadru legislativ prea permisiv pentru perioada respectivă, în pofida unor sincope a câtorva bănci comerciale, receptate negativ de către populaţie, dar benefic de către economie, sistemul bancar a fost vizibil mai stabil şi mai bine reglementat decât restul economiei în ansamblu.

Integrarea României în structuri monetare şi financiare internaţionale, adoptarea unor parteneriate în plan politic şi militar, care se înscriau în ansamblul de condiţii menite să pregătească aderarea României la structurile euro-atlantice au determinat modificarea în substanţa sa a legislaţiei care guverna sistemul, pe ambele sale nivele, aşa încât în 1998, atât banca centrală cât şi băncile comerciale au beneficiat de un cadru legislativ nou, adoptat pe trei paliere principale: statutul BNR, activitatea bancară şi falimentul băncilor.

Sistemul bancar, în integralitatea sa s-a pregătit astfel pentru a funcţiona pe o piaţă liberă şi parţial integrată, dar atent reglementat şi supravegheat de banca centrală, falimentele bancare din perioada anilor 1999-2000 determinând banca centrală să întărească supravegherea băncilor comerciale prin adoptarea unor măsuri, nu întotdeauna pe placul bancherilor.

În condiţiile actuale existente pe piaţa mondială de capital, şi aici ne referim la criza financiară mondială existentă, se dovedeşte că măsurile de reglementare şi supraveghere prudenţiala adoptate de BNR şi-au atins scopul principal de limitare a efectelor crizei financiare pe piaţa românească, efecte mult mai puternic resimţite, întâi în Satele Unite şi, ulterior, conform principiului *domino*, şi pe pieţele Europei occidentale.

2. Strategii şi planuri anti-criză

În condiţiile apariţiei crizei, întreaga piaţă financiară mondială s-a văzut pusă în situaţia de a găsi variante urgente de soluţionare, prăbuşirea financiară însemnând, de fapt, colaps economic. Astfel au apărut soluţiile imediate cum ar fi fuziunea între grupuri financiare, sau intervenţia Statului în achiziţionarea activelor toxice, precum şi propunerea soluţiei pe termen lung, şi anume reglementarea activităţii care a constituit cauza crizei.

Pornită de la lipsa de lichiditate de pe pieţele de capital, lipsă care nu mai permite dezvoltarea corectă a afacerilor, criza financiară se extinde prin intermediul reţelelor globale financiar-bancare din întreaga lume, afectând indirect diferitele sectoare ale economiilor lumii. Pentru a încerca o cât mai eficientă reducere a efectelor sale, cât şi pentru a ieşi din dificultăţile generate de lipsa de lichidări, mari grupuri financiare din întreaga lume au fuzionat, şi aici putem aminti „JP Morgan" ca şi cumpărător al „Washington Mutual", sau fuziunea dintre „Wells Fargo" şi „Wachovia". Dincolo de aspectele de profitabilitate ale unei fuziuni, şi aici înţelegem sesizarea oportunităţii ivite jucătorilor mai prudenţi ai pieţelor de capital de a prelua pachetele de acţiuni ale omologilor cărora criza le-a afectat dramatic cotaţiile, ori pentru a limita concurenţa, ori pentru sporirea cifrelor de afaceri, implicit a profitului, fuziunile între grupurile financiare au încercat să ajute cât de cât aducerea pe linia de plutire a companiilor aflate în prag de colaps, fie prin infuzii de capital, menite să asigure lichiditatea necesară continuării activităţii, fie prin eliminarea activelor neperformante deţinute, eliminare realizată prin valorificarea la valoarea reală, chiar dacă această valorificare înseamnă pierdere.

Pe lângă aceste fuziuni, care s-au dovedit insuficiente, un rol important în diminuare efectelor crizei, îl are Statul, prin cele două strategii: cea pe termen scurt, imediată, concretizată

and a long-term strategy, materialised in the creation of an adequate legal framework, able to avert the occurrence of such a situation again in the future.

Considering that it was proven that the mergers of financial groups have led only to a small extent to diminishing the crisis effects, both in the United States as well as in Europe, the state stepped in. By granting large-value loans necessary for financial redress and by purchasing non-performing assets, the state has tried to curb the proportions of the difficulties major players on the capital market have been facing. Moreover, via these funds, the state has managed to take control, in a significant percentage, over these companies, attempting to bring about via a future business policy their very fast redress. In this situation we had money lent to AIG by the American state, according to press agencies; we had Fortis Group saved from collapse by the governments of Belgium, the Netherlands and Luxembourg, next to Bank of Scotland bailed out by the British government; and the list could go on.

3. Regulation, crisis effect

Considering that this financial crisis, according to all experts' forecasts, will affect the economies of United Europe's countries more than the economy of the USA – because in Europe we cannot talk about a united economy subject to a single jurisdiction if we are to compare it with the economy of the North-American continent; actually, on our continent, we have different economies as regards their development and stability and several jurisdictions: each state of the European Union has been trying, independently from all the others, to face the existing difficult situation.

The Romanian state, just like the other European states, has as main target to curb the financial crisis effects. It seems as if the fragile Romanian market economy took a step back but, taking into account the integration into the European Union and the North-Atlantic military block – a process which has automatically led to the development in our country of some international economic and financial partnerships, Romania cannot be an exception, just like, for that matter, any other European state, when it come to taking measures in order to combat and prevent the crisis effects – namely measures to enhance the state's role in the economy.

The set of measures which the state authorities have taken or have advised to take are mainly legislative measures meant to curb or avert the negative effects of the global financial crisis.

Below, we list some of these measures.

3.1. Legislative measures in the taxation field:

The need to have a state budget able to face critical situations generated by future economic difficulties has determined the authorities to adopt certain legal measures in the field of taxation. Thus, Law no. 571/2003 (on the Fiscal Code) was recast via two new normative acts whose provisions intend to generate more income to the budget. In this respect, we find the provisions of E.G.O. 29/2009 setting forth that, via what is mentioned in art. 1, excise duties for tobacco and certain spirits go up, as a so-called tax on luxury and vice – an action which does not affect masses of the population but which can contribute substantially to increasing the state revenues.

prin avansarea de lichidităţi masive pentru evitarea prăbuşirii companiilor aflate în dificultate, şi cea pe termen lung, concretizată prin crearea unui cadru legislativ adecvat, capabil să preîntâmpine pe viitor apariţia unei astfel de situaţii.

În condiţiile în care s-a dovedit că fuziunile grupurilor financiare nu au condus decât în mică parte la diminuarea efectelor crizei, atât în Statele Unite, cât şi în Europa, a intervenit Statul. Prin acordarea de mari împrumuturi necesare redresării financiare cât şi prin cumpărarea activelor neperformante, Statul a încercat să limiteze proporţiile dificultăţilor cu care se confruntă marii jucători de pe piaţa de capital. Totodată, prin aceste fonduri, Statul a reuşit să preia, într-un procent semnificativ, controlul asupra acestor companii, încercând, prin viitoarea politică de afaceri, o cât mai rapidă redresare a acestora. În acest caz s-au aflat AIG, care a fost creditat, conform agenţiilor de presă, de către statul american, grupul Fortis, salvat de la colaps de către guvernele BeNeLux, Bank Of Scotland, prin intermediul guvernului englez, şi lista poate continua.

3. Reglementarea – efect al crizei

Având în vedere că această criză financiară, după toate previziunile specialiştilor, va afecta mai tare economia ţărilor Europei Unite, decât cea a Statelor Unite ale Americii, şi aceasta din cauza faptului că nu avem de-a face cu o economie unită, supusă unei singure jurisdicţii, ca cea de pe continentul nord-american, ci avem de-a face cu economii diferite ca dezvoltare şi stabilitate şi mai multe jurisdicţii, fiecare stat al Uniunii Europene încearcă, independent de celelalte, să facă faţă situaţiei dificile existente.

Statul român, asemenea celorlalte state europene şi-a propus drept scop principal limitarea efectelor crizei financiare. Ar părea că se face un pas înapoi în fragila economie de piaţă românească, dar ţinând cont de integrarea în cadrul Uniunii Europene şi în cadrul blocului militar nord-atlantic, integrare care a condus automat la dezvoltarea în ţara noastră a unor parteneriate economico-financiare internaţionale, România nu poate face excepţie, ca, de altfel, nici un alt stat european, de la a lua măsuri de combatere şi prevenire a efectelor crizei, măsuri de creştere a rolului statului în economie.

Setul de măsuri pe care autorităţile statului le-au luat sau le-au anunţat sunt în principal măsuri legislative menite să limiteze sau să preîntâmpine efectele negative ale crizei financiare mondiale.

Iată câteva dintre ele.

3.1. Măsuri legislative în domeniul fiscal:

Nevoia de a asigura un buget de stat capabil să facă faţă situaţiilor limită, generate de viitoare dificultăţi economice, a condus la decizia autorităţilor de a adopta anumite măsuri legislative în domeniul fiscalităţii. Astfel, Legea nr. 571/2003 (privind Codul Fiscal) a fost modificată prin două noi acte normative, ale căror prevederi sunt de natură a genera venituri sporite la buget. În acest sens găsim prevederile Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 29/2009, conform cărora, prin cele precizate în art. I , se majorează accizele la ţigări şi la anumite băuturi alcoolice, aşa numitele taxe de lux şi de viciu care nu afectează marea masă a populaţiei, dar care pot contribui substanţial la creşterea veniturilor statului.

Moreover, via the provisions of E.G.O. 34/2009, art. 32, a minimum tax on profit is set, a measure which targets to generate a sure minimum income for the state budget, irrespective of economic agents' profits.

At the same time, the Government of Romania contemplated and proposed the adopting of a uniform law on wage formation in the public sector, via which the wages paid out with funds from the state budget should observe certain limits - an action that would lead directly to the possibility of limiting and forecasting this chapter of the budget expenses.

These regulations on providing part of the state revenues and those regarding curbing expenses are all meant to alleviate the widening of the budget deficit; as such an increase would negatively affect Romania's economy.

3.2. Legislative measures concerning civil and criminal law

Although considered as a measure imposed by the European Commission, the adopting of the new codes – Civil Code, Criminal Law Code and Civil Procedure and Criminal Law Procedure is one of the legal measures of substance which, indirectly at least, demonstrates the state's intervention in curbing the crisis effects.

Considering that the Romanian Civil Code goes back as far as 1864, many of its provisions have become inappropriate and even obsolete compared to the development level and the dynamics of the social relations it regulates.

That is why we could say that the adopting of a new Civil Code was a must – a code which, experts say, should be a modern code answering the needs of the Romanian society and targeting the modernization of the Romanian state. The draft of the new Civil Code includes all the regulations concerning persons, family relations, ownership and, particularly, trade relations – legal relations which are the first ones to be affected by a financial crisis.

This draft of the new Civil Code is structured into seven books, preceded by a preliminary title. As regards the aspects we are interested in for the purpose of this paper, we need to signal Book V, *On obligations*, which has a uniform approach concerning obligation relations – we mean the giving up of the traditional division into civil and commercial relations and providing an appropriate consumer protection, an approach which shall be materialised in the provisions on contract formation, the integration of standard clauses into the contract, the reduction of the criminal law clause and the reparation of the non-patrimonial prejudice. Structured into 11 titles and having 1334 articles, the matter of obligations includes general dispositions regarding the content of the obligation relation, provisions concerning sources, ways and types of obligations, execution, transmission, the transformation and settlement of obligations, as well as a special chapter for giving back performance. A distinct title refers to special contracts and ways of securing obligations. The new regulation takes up the rule of legal solidarity in the case of commercial obligations (currently stipulated in art. 42 Com. C.) and introduces the passive legal solidarity for the debtors of some contractual obligations concerning the exploitation of an enterprise. Solutions to clarify certain controversial issues are also offered - such as to expressly mention the consequences of the impossibility to execute in kind the obligations on passive solidarity or the setting forth of the criteria for establishing the contribution of co-debtors, jointly and severally, to pay their obligation. As regards the court enforcement of obligations, compared to the current regulation, a restructuring of this matter is proposed.

De asemenea, prin prevederile Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 34/2009, art. 32, se stabileşte impozitul forfetar pe profit, măsura care generează un venit minim sigur la bugetul de stat, indiferent de profitul agentului economic.

Totodată Guvernul României a luat în calcul şi a propus, adoptarea unei legi unitare de salarizare in sectorul bugetar, prin care salariile asigurate din fondurile de la bugetul de stat să fie încadrate în anumite limite, ceea ce va conduce nemijlocit la limitarea şi previzionarea acestui capitol de cheltuieli bugetare.

Aceste reglementări, cele privitoare la asigurarea unei părţi a veniturilor statului, cât şi cele referitoare la limitarea cheltuielilor sunt menite să atenueze creşterea deficitului bugetar, creştere care ar afecta negativ economia românească.

3.2. Măsuri legislative privitoare la dreptul civil şi penal

Deşi privite ca măsură impusă de Comisia Europeană, adoptarea noilor coduri – civil, penal şi cele de procedură civilă şi penală este una din măsurile legislative de substanţă care, indirect cel puţin, sunt de natură să demonstreze intervenţia statului în limitarea efectelor crizei.

În măsura în care Codul Civil român datează din anul 1864, multe din prevederile sale au devenit improprii şi nu de puţine ori desuete faţă de nivelul de dezvoltare şi de dinamica relaţiilor sociale pe care le reglementează.

De aceea, putem spune că se impunea adoptarea unui nou Cod civil, care, în opinia specialiştilor este un cod modern, care răspunde nevoilor societăţii romaneşti şi vizează modernizarea statului roman. Proiectul noului Cod civil încorporează totalitatea reglementărilor referitoare la persoane, relaţiile de familie proprietate şi mai ales relaţiile comerciale, raporturi juridice care sunt primele afectate de criza financiară.

Proiectul Noului Cod civil este structurat pe şapte cărţi, precedate de un titlu preliminar. Se impune, în ceea ce priveşte aspectele urmărite în lucrarea de faţă, să semnalăm, Cartea a V-a, Despre obligaţii, care urmăreşte o abordare unitară a raporturilor obligaţionale, în sensul renunţării la diviziunea tradiţionala în raporturi civile şi raporturi comerciale, şi asigurarea unei protecţii corespunzătoare a consumatorilor, perspectivă ce se va reflecta în dispoziţiile referitoare la formarea contractului, integrarea clauzelor-standard în contract, reducerea clauzei penale, repararea prejudiciului nepatrimonial. Structurată în 11 titluri şi întinsă pe 1334 de articole, materia obligaţiilor cuprinde dispoziţii generale referitoare la conţinutul raportului de obligaţie, dispoziţii cu privire la izvoare, modalităţi şi tipuri de obligaţii, executarea, transmisiunea, transformarea şi stingerea obligaţiilor, precum şi un capitol special destinat restituirii prestaţiilor. Un titlu distinct este destinat contractelor speciale şi modalităţilor de garantare a obligaţiilor. Noua reglementare preia regula solidarităţii legale în obligaţiile comerciale (consacrată, în prezent, în art. 42 din C. com.) şi introduce solidaritatea pasivă legală între debitorii unor obligaţii contractate pentru exploatarea unei întreprinderi. Sunt oferite, de asemenea, şi soluţii menite să clarifice anumite probleme controversate, cum ar fi precizarea consecinţelor imposibilităţii executării în natură a obligaţiilor asupra solidarităţii pasive ori enunţarea criteriilor de stabilire a contribuţiei codebitorilor solidari la plata obligaţiei. În ceea ce priveşte executarea silită a obligaţiilor, se propune, faţă de reglementarea actuală, o restructurare a acestei materii.

Situaţia financiară şi economică din ultimele luni, calificată deja de numeroşi analişti drept „criză fără precedent", a produs efecte complexe. Pe lângă sincopele sistemului de

Lately, the financial and economic conditions already qualified by many analysts as an *unprecedented crisis*, have brought about complex effects. Besides the disturbances in the financing system, liquidity reduction and price changes have been affecting more and more economic agents who can no longer carry out in an appropriate manner the obligations they have undertaken before the crisis triggering. The non-execution of the undertaken obligations produces the liability of the person who took this commitment, the respective debtor being obliged to redress the entire prejudice for the creditor, a prejudice generated by the non-execution of the obligation, or its execution with a delay – the creditor is the entity in favour of whom the obligation should have been executed. Thus, by choosing not to fulfil their obligations undertaken before the triggering of the crisis which debtors consider excessive in the new economic context, consequently these debtors who have the respective obligations run the risk of even bigger losses. For contracts concluded on long-term, when the obligations undertaken before the crisis either become excessive - so that debtors can no longer honour them, or their value becomes so low than the other counterparty is not willing to carry out his/her own obligations in exchange for such insignificant performance, and relying on numerous arguments and principles, the theoreticians of law have defined *hardship*. Among the effects proposed for hardship (a change of circumstances), the renegotiation of the contract in order to adapt it to the new circumstances is the natural solution. The contracting parties are the ones who know best the importance that each undertaken obligation has and so they can decide which of the changed elements are essential for the further deployment of the contract. Moreover, it is natural that, in case parties cannot reach an acceptable solution when they renegotiate the contract, they could terminate it as its deployment would prejudice them. The regulation of the right to request a law court to decide a contract termination is essential in order to assure the enforcement of this mechanism.

Besides the right of the law court to decide a contract termination if its renegotiation fails, the legislator proposes also the regulation of the right to intervene in the contract terms, in order to distribute the losses and benefits resulting from the change in circumstances equitably between parties.

Such a mechanism – even if when it was created it did not intend to minimize the crisis effects - has proven to be extremely useful and efficient during this difficult period as regards the deployment of juridical relations.

In the matter of criminal law, we must mention that the Government approved the law draft of the new Penal Code, a draft that creates a coherent legal framework in the criminal law matter, avoiding the useless overlapping of norms in force that exist in the current Penal Code and in the special laws. Concerning the crime institution regulation, the commission which has been drawing up the draft of the Penal Code gave up the social danger as a general characteristic of crime – which was a reflection of the material conception of offence specific to the legislations of Soviet inspiration. The idea being promoted is that the situations which today are solved based on art. 181 in the Penal Code must be solved based on the principle of the desirability of the criminal law investigation.

As regards the punishment system, the main concern refers to creating a mechanism which, via flexibility and diversity, would allow for the choosing and enforcement of the most adequate measures in order to provide, in this manner, both a constraint proportional compared to the severity of the crime perpetrated and the injuriousness of the criminal, as

finanţare, reducerea lichidităţilor şi modificarea preţurilor afectează din ce în ce mai mulţi agenţi economici, care nu-şi mai pot îndeplini corespunzător obligaţiile pe care şi le-au asumat anterior declanşării situaţiei de criză. Neexecutarea obligaţiilor asumate atrage însă răspunderea celui care s-a obligat, debitorul respectiv fiind ţinut să repare întreg prejudiciul pe care neexecutarea obligaţiei, sau executarea cu întârziere a acesteia, îl produce creditorului – cel în favoarea căruia obligaţia trebuia îndeplinită. Astfel, alegând să nu-şi mai îndeplinească obligaţiile asumate anterior declanşării situaţiei de criză, pe care în noul context economic le consideră drept excesive, debitorii obligaţiilor respective se supun riscului unor pierderi şi mai mari. Asupra contractelor încheiate pe termen lung, când obligaţiile asumate anterior situaţiilor de criză fie devin excesive, astfel încât debitorii nu le mai pot îndeplini, fie valoarea lor devine atât de scăzută încât cealaltă parte contractantă nu şi-ar mai îndeplini propriile obligaţii în schimbul unor asemenea prestaţii nesemnificative, şi bazându-se pe numeroase argumente şi principii, teoreticienii dreptului au definit *impreviziunea*. Dintre efectele propuse ale impreviziunii, renegocierea contractului, în vederea adaptării sale la noile circumstanţe, este o soluţie firească. Părţile contractante sunt cele care cunosc cel mai bine importanţa pe care fiecare dintre obligaţiile asumate o are şi pot determina care dintre elementele modificate sunt esenţiale pentru derularea în continuare a contractului. De asemenea, este firesc ca, în cazul în care părţile nu pot ajunge, cu ocazia renegocierii, la o soluţie acceptabilă, să poată înceta contractul a cărui derulare le-ar produce pagube. Reglementarea dreptului de a solicita instanţei judecătoreşti să dispună încetarea contractului este esenţială pentru a asigura aplicarea acestui mecanism.

Pe lângă dreptul instanţei judecătoreşti de a dispune încetarea contractului dacă renegocierea eşuează, se propune însă şi reglementarea dreptului de a interveni asupra termenilor contractului pentru a distribui în mod echitabil între părţi pierderile şi beneficiile ce rezultă din schimbarea circumstanţelor.

Un astfel de mecanism, deşi la momentul în care a fost creat nu a avut drept raţiune minimizarea efectelor crizei se dovedeşte absolut util şi eficient în această perioadă dificilă pentru derularea raporturilor juridice.

În materia dreptului penal este de menţionat că Guvernul a aprobat proiectul de lege privind noul Codul penal, proiect prin care se instituie un cadru legislativ coerent în materie penală, cu evitarea suprapunerilor inutile de norme în vigoare existente în actualul Cod penal şi în legile speciale. Sub aspectul reglementării instituţiei infracţiunii, comisia de elaborare a proiectului de Cod penal a renunţat la pericolul social ca trăsătură generală a infracţiunii, care era o reflectare a concepţiei materiale asupra infracţiunii, specifică legislaţiilor de inspiraţie sovietică. Ideea care a fost promovată este că situaţiile care astăzi sunt soluţionate pe baza art. 181 C. pen. trebuie să îşi găsească rezolvarea pe baza principiului oportunităţii urmăririi penale.

În privinţa sistemului pedepselor, principala preocupare vizează crearea unui mecanism care, prin flexibilitate şi diversitate, să permită alegerea şi aplicarea celor mai adecvate măsuri, pentru a putea asigura, în acest fel, atât o constrângere proporţională în raport cu gravitatea infracţiunii săvârşite şi cu periculozitatea infractorului, cât şi o modalitate eficientă de recuperare socială a infractorului. În materia infracţiunilor contra patrimoniului se urmăresc, în primul rând, o reconsiderare a limitelor legale de pedeapsă, în vederea readucerii acestora

well as an efficient manner to support the criminal's social recuperation. In the matter of crime against patrimony, the legislator takes into account, first of all, a reassessment of the legal punishment limits in order to bring them back within normal limits, alongside a simplification of regulation by giving up numerous aggravating variants.

The regulation of offence against the carrying out of justice has been undergoing major amendments, justified among others by the new social realities; it has as targets to assure the legality, independence, impartiality and determination in the process of carrying out an act of justice together with the strengthening of the state's authority by criminal law sanctions given for the acts which have serious consequences and which ignore or honeycomb the authority of justice.

Starting from this rationale, a number of acts which can significantly affect the carrying out of justice mentioned in judicial practice have been identified and incriminated, such as: obstruction of justice, influencing of statements, pressure on justice, compromising the interests of justice, defiance of justice, disloyal assistance and representation or the non-execution of criminal law sanctions. During a crisis, antisocial actions can proliferate, while the danger of compromising the role of justice must be prevented, all the more that such effects can be witnessed for a longer period of time.

The framework for corruption offence has also been revised not only by taking up in the text of the Code the incriminations set forth in Law no. 78/2000 on preventing, discovering and sanctioning corruption acts with subsequent amendments and supplementations, but also by reformulating some texts, reformulations which can create the framework needed for the discouraging and sanctioning of economic or corruption offences.

Another measure which could contribute to temporizing the effects of the financial crisis among economic agents and the population – even if it was not dictated by such rationale, is passed via Emergency Ordinance no. 42 of 06.05.2009 (on the amendment of the Civil Procedure Code). This Ordinance comes as a natural consequence, following the Decision of the Constitutional Court number 458 of 31.03.2009, a decision regarding the unconstitutionality of the provisions of art. 373^1 in the Civil Procedure Code, as amended via art. 1, point 13 of Law 459/2006. When giving the grounds of its decision, the Law Court has considered that the court enforcement not subject to the legality control of the Court breaches the principle of separation of state powers. The Court argued that court enforcement represents a stage of the civil law suit and that the removal of the law court intervention in the legality control of the enforcement procedures start could confer this action only a purely administrative character. It mentions that, by the incorrect appreciation of the law court enforcement officer as regards the carrying out or not of the conditions necessary for the enforcement, the debtor's patrimony can be affected, meaning its unjustified decrease or the impossibility to put it back into the previous condition, a situation which would breach the right of private property; and, at the same time, the free appreciation, on equal footing with a law court, of the law court enforcement officer as regards the legality of the creditor's petition, has a clearly unconstitutional character. The law court grounded its decision by also stating that via the provisions of art 373^1 in the Civil Procedure Code, before their amending via art. 1, point 13 of Law 459/2006 by which court enforcement is subject to the legality control of the Court, they intended to give a uniform character to the civil suit, namely observance of the guarantees which characterize the right to an equitable law suit - both in the judgement stage as well as

în limite normale, dar şi o simplificare a reglementării prin renunţarea la numeroase variante agravate.

Reglementarea infracţiunilor contra înfăptuirii justiţiei cunoaşte modificări importante, justificate şi solicitate de noile realităţi sociale, şi are ca obiectiv asigurarea legalităţii, independenţei, imparţialităţii şi fermităţii în procesul de înfăptuire a actului de justiţie, întăririi autorităţii statale prin sancţionarea penală a faptelor de natură să influenţeze grav, să ignore ori să submineze autoritatea justiţiei.

Pornindu-se de la aceste raţiuni, au fost identificate şi incriminate o serie de fapte evidenţiate şi în practica judiciară, care pot afecta semnificativ activitatea de înfăptuire a justiţiei, precum: obstrucţionarea justiţiei, influenţarea declaraţiilor, presiuni asupra justiţiei, compromiterea intereselor justiţiei, sfidarea instanţei, asistenţa şi reprezentarea neloială sau neexecutarea sancţiunilor penale. În perioada de criză, faptele antisociale pot prolifera şi pericolul compromiterii rolului justiţiei trebuie prevenit, cu atât mai mult cu cât astfel de efecte vor fi vizibile în timp mai îndelungat.

Cadrul infracţiunilor de corupţie a fost de asemenea revizuit nu doar prin preluarea în textul Codului a incriminărilor cuprinse în Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, cu modificările şi completările ulterioare, dar şi prin reformularea unor texte, reformulări care pot crea cadrul necesar de descurajare şi sancţionare al infracţiunilor de ordin economic sau de corupţie.

O altă măsură care ar putea contribui la temporizarea efectelor crizei financiare în rândul agenţilor economici şi ale populaţiei, chiar dacă nu dictată de asemenea raţiune, este nou promulgată Ordonanţa de urgenţă nr. 42 din 6 mai 2009 (pentru modificarea Codului de procedură civilă). Această Ordonanţă vine ca o consecinţă firească, urmare a Deciziei Curţii Constituţionale nr. 458 din data de 31 martie 2009, decizie referitoare la neconstituţionalitatea dispoziţiilor art. 373[1] C. pr. civ., astfel cum au fost modificate aceste dispoziţii prin art. 1, pct. 13 din Legea 459/2006. În motivarea deciziei sale, instanţa a considerat că executarea silită nesupusă controlului de legalitate al instanţei încalcă principiul separaţiei puterilor în stat. Curtea a argumentat că executarea silită reprezintă o etapă a procesului civil, iar înlăturarea intervenţiei instanţei în controlul de legalitate al începerii procedurilor execuţionale ar conferi acestei acţiuni doar un caracter pur administrativ. Se arată că, prin aprecierea greşită de către executorul judecătoresc a îndeplinirii sau neîndeplinirii condiţiilor necesare punerii în executare, patrimoniul debitorului poate fi afectat în sensul micşorării nejustificate sau a imposibilităţii de reîntregire, ceea ce ar încălca dreptul de proprietate privată, totodată libera apreciere, întocmai ca o instanţă de judecată, a executorului judecătoresc asupra legalităţii cererii creditorului, având un caracter vădit neconstituţional. Instanţa a mai motivat că, prin prevederile art. 373[1] C. pr. civ., înaintea modificării acestora prin art. 1, pct. 13 din Legea nr. 459/2006, prin care executarea silită se supunea controlului de legalitate al instanţei, se urmărea caracterul unitar al procesului civil, şi anume respectarea garanţiilor ce caracterizează dreptul la un proces echitabil, atât în faza judecăţii, cât si a executării silite, cea mai importantă garanţie fiind *dreptul la judecată* în sensul art. 21 din Constituţie şi al art. 6 din *Convenţia pentru apărarea drepturilor omului*, adică liberul acces la instanţă şi controlul ambelor faze ale procesului de către instanţele judecătoreşti. Pentru motivele mai sus expuse Curtea Constituţională a admis excepţia de neconstituţionalitate şi a constatat că dispoziţiile art. 373[1] C. pr. civ., astfel cum au fost modificate aceste dispoziţii prin art. 1,

in the stage of court enforcement, the most important guarantee being the right to be judged in the meaning of art. 21 of the Constitution and art. 6 of *the Convention for the Protection of Human Rights* namely free access to a Court and control of both stages of a law suit conducted by Courts. For the reasons mentioned above, the Constitutional Court has admitted the exception of unconstitutionality and has found that the provisions of art. 373^1 in the Civil Procedure Code, as amended by the dispositions via art. 1, point 13 of Law no. 459/2006, are unconstitutional. Following this decision, on 06.05.2009, the Government of Romania issued Emergency Ordinance no. 42 which via Art. 1 amended the provisions of art. 373^1 of the Civil Procedure Code – namely the compulsoriness for the Court to accept a court enforcement petition. This measure might not be accepted by large creditors and especially by the banking sector, since it creates serious difficulties and additional costs and, moreover, it takes longer redress periods; but, for most debtors, particularly natural persons, it is a measure which leads to prolonging the immediate effects of their shortage of resources.

These amendments, corroborated with the provisions of the new Civil Code on *hardship*, the renegotiation of a contract or the regulation of the right to intervene on contract terms in order to distribute the losses and benefits resulting from the change of circumstances equitably among parties, have a major impact upon the possibility of the economic redress of debtors – who are in a difficult financial situation and, as such, would no longer be subject to the immediate danger of court enforcement and implicitly of asset impairment, a situation which could mean the blocking of their business. Consequently, taking into account that the deadlock of economic agents generates slippages across the entire economy, with these measures, the state forecasts a certain level of economic stability, absolutely needed in times of financial crisis.

De lege ferenda, we appreciate that what is needed is the amending of the legislation on the insolvency procedure. As we know, the current Law no. 85/2006 (on insolvency procedure) sets forth that any creditor who holds a right of claim of minimum 10,000 *lei* upon a debtor can request the insolvency procedure opening against the respective debtor if the latter has not honoured his/her obligation. Obviously, the petition in itself does not trigger by all means the insolvency of the respective debtor, as the syndic judge, based on the defence of the debtor, can, following the finding of the petition groundlessness, not declare the insolvency procedure opening. But, when such an action is brought to the attention of the other creditors and particularly large creditors and the state, these creditors register into the preliminary list of claims and then, indeed, we can have the danger of insolvency being declared. At the same time, we know that a company in financial difficulty can request the start of the insolvency procedure on itself, this petition being many times used to prolong, via a reorganization plan, the deadline for the honouring of its contractual obligations. In order to prevent such situations which could lead to the debtor's insolvency being declared – even if this insolvency would not be real under the normal deployment of contractual obligations, it would be better to recast Law no. 85/2006, by adopting measures which would influence, directly and indirectly, the unwanted situations described above.

Direct measures would be establishing a minimum mandatory limit, superior to the one stipulated in the current law, of a claim quantum for which a creditor can request the insolvency procedure opening against a debtor as well as the impossibility for a debtor to request insolvency for himself/herself if he/she has unsettled obligations with the state

pct. 13 din Legea nr. 459/2006, sunt neconstituționale. În urma acestei decizii Guvernul României, la 6 mai 2009 a emis Ordonanța de urgență nr. 42, care, prin art. 1, modifica dispozițiile art. 373[1] C. pr. civ., în sensul obligativității încuviințării de către instanță a cererii de executare silită. Măsura poate fi neagreată de marii creditori şi în special pentru sistemul bancar ea creează serioase dificultăți, costuri suplimentare şi perioade mai mari de recuperare, dar pentru o mare parte a debitorilor, în special persoane fizice, este o măsură care conduce la prelungirea efectelor imediate ale lipsei de resurse.

Aceste modificări, coroborate cu prevederile noului Cod civil privind *impreviziunea*, renegocierea contractului sau reglementarea dreptului de a interveni asupra termenilor contractului pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile şi beneficiile ce rezultă din schimbarea circumstanțelor, au un foarte mare impact asupra posibilităților de redresare economică a debitorilor aflați în situații financiare dificile, debitori care nu ar mai fi supuşi imediat pericolului de executare silită, implicit de diminuare a activelor, diminuare care poate conduce la situații de blocare activității. Pe cale de consecință, ținând cont că impasul agenților economici generează derapaje în întreaga economie, prin aceste măsuri statul previzionează o oarecare stabilitate economică, absolut necesară în condiții de criză financiară.

De lege ferenda, apreciem că se impune modificarea legislației privind procedura insolvenței. După cum ştim, actuala Lege nr. 85/2006 (privind procedura insolvenței) prevede că orice creditor, care deține un drept de creanță de minim 10,000 de lei asupra unui debitor, poate solicita deschiderea procedurii insolvenței pentru respectivul debitor în cazul în care acesta nu şi-a onorat obligația. Evident, cererea în sine nu declanşează neapărat intrarea în insolvență a debitorului respectiv, deoarece Judecătorul sindic, pe baza apărărilor pe care debitorul şi le face, poate, în urma constatării netemeiniciei cererii, să nu declare deschisă procedura insolvenței. Însă, în momentul luării la cunoştință de către ceilalți creditori şi mai ales marii creditori şi statul, aceştia se vor înscrie în tabelul preliminar de creanțe, în acel moment existând pericolul ca, într-adevăr, să se constate starea de insolvență. Totodată, ştim că o societate aflată în dificultate financiară poate să solicite declanşarea procedurii de insolvență asupra ei înşişi, aceasta cerere fiind de multe ori folosită pentru prelungirea, printr-un plan de reorganizare, a termenelor limită de onorare a obligațiilor contractate. Pentru a preîntâmpina astfel de situații, care pot conduce la constatarea insolvabilității unui debitor, chiar dacă, aceasta insolvabilitate nu ar fi reală în situația derulării normale a obligațiilor contractate, ar fi de dorit modificarea Legii nr. 85/2006, adoptându-se măsuri care ar influența direct şi indirect situațiile nedorite expuse mai sus.

Măsurile de ordin direct ar fi stabilirea unei limite minime obligatorii, superioara celei stipulată în prezenta lege, a cuantumului unei creanțe, pentru care un creditor poate solicita deschiderea procedurii insolvenței pentru un debitor, şi imposibilitatea unui debitor a solicita insolvența pentru el însuşi în cazul în care ar avea obligații neonorate la bugetul de stat. Considerăm că o astfel de măsură ar conduce la o anumită educare a părților către o mediere a litigiului, în afara cadrului procedurii judiciare, prin agrearea de comun acord a altor soluții de onorare reciprocă a obligațiilor care le revin din contractele încheiate între ele.

Măsura de ordin indirect ar fi de ordin financiar în privința onorariilor lichidatorilor, în scopul demotivării acestora de a încuraja demararea procedurilor de insolvență şi executare silită.

budget. We are of the opinion that such measures would lead to parties' education to some extent – so that they prefer litigation mediation, besides the judicial procedure framework – by agreeing, upon mutual consent, with other solutions of mutual settlement of the obligations they committed to in the contracts they signed.

An indirect measure would be a financial one, concerning the liquidators' fees, in order to demotivate them from encouraging the start of the insolvency and court enforcement procedures.

3.3. Legislative measures in the financial and banking field

Taking into account that the epicentre of the current global financial crisis was the sector of capital market players, banks and financial institutions, we must also take a glance upon the measures – existing or proposed to be taken – which have as target curbing if not combating the crisis effects in this field and thus preventing the occurrence of difficult situations.

In March 2009, the NBR adopted Regulation no. 5 via which Regulation no. 6/2008 was amended (on the start of business and the changes in the situation of credit institutions, Romanian legal persons and the branches in Romania of credit institutions from third party countries). The essential element in the context of our paper is the previous licensing of the persons directly managing activities susceptible of significant risks, applicable to credit institutions, Romanian legal persons, organized as banks, saving and lending banks, issuers of electronic cash or cooperative credit organisations, as well as branches in Romania of credit institutions from third party countries, next to regulating the conditions under which changes in their situation can be made, in order to assure prudential supervision.

Therefore, we could consider in this case the provisions of art 3, let. e) which set forth the compulsoriness of submitting to the NBR for endorsement, the action of opening branches or other secondary outlets of credit institutions where deficiencies in risk management and/or an inappropriate development of their prudence ratios have been found. Moreover, besides the provisions of art. 2^1 which stipulate as mandatory for credit institutions to obtain – before starting operations, the endorsement of the NBR for the persons with middle managerial positions in some important activities, we must remark also the provisions of Art 5 which, corroborated with the ones of art. 6, force credit institutions to submit beforehand – requesting the endorsement of the central bank – the changes concerning their investment strategy, the impact of new business upon their balance sheet accounts and their profit and loss account for the next year, while presenting the processes of identification, management, monitoring and reporting of the risks underlying their new lines of business together with their calculations conducted internally for the capital adequacy appraisal against the risk profile, alongside the persons nominated to exercise management and/or leadership responsibilities.

Taking into account our paper's character of a synthetic analysis, we have listed here only some of the measures taken by the authorities in order to mitigate or prevent the negative financial effects generated by an uncontrolled and wrongly managed deployment of the lines of business of credit institutions, even if in its entirety, this normative act is intended to be a tight control instrument in the case of potential reckless lines of business on the financial and economic markets, as these activities – being susceptible of major risks – would lead to situations generating serious financial and economic implications if some controlled identification and management measures were not adopted.

3.3. Măsuri legislative în domeniul financiar şi bancar

Ţinând cont că epicentrul actualei crize financiare mondiale a fost sectorul jucătorilor de pe pieţele de capital, bănci şi instituţii financiare, se cuvine să aruncăm o privire şi asupra măsurilor existente sau propuse a fi luate, care au ca scop limitarea, dacă nu combaterea efectelor crizei în acest domeniu, şi preîntâmpinarea apariţiei unor noi situaţii dificile.

În martie 2009, BNR a adoptat Regulamentul nr. 5 prin care s-a modificat Regulamentul nr. 6/2008 (privind începerea activităţii şi modificările în situaţia instituţiilor de credit, persoane juridice române, şi a sucursalelor din România ale instituţiilor de credit din state terţe). Elementul de esenţă în contextul temei noastre îl constituie autorizarea prealabilă a persoanelor care conduc nemijlocit activităţi susceptibile de riscuri semnificative, aplicându-se instituţiilor de credit, persoane juridice române, organizate ca bănci, bănci de economisire şi creditare, instituţii emitente de monedă electronică şi organizaţii cooperatiste de credit, precum şi sucursalelor din România ale instituţiilor de credit din state terţe şi reglementând condiţiile în care pot fi operate modificări în situaţia acestora, în scopul asigurării supravegherii prudenţiale.

Astfel, putem avea în vedere dispoziţiile art. 3 lit. e) care prevăd obligativitatea supunerii aprobării Băncii Naţionale a deschiderii de sucursale sau alte sedii secundare pentru instituţiile de credit unde se constată deficienţe în administrarea riscurilor şi/sau a unei evoluţii necorespunzătoare a indicatorilor de prudenţă bancară ai instituţiei de credit. De asemenea, pe lângă prevederile art. 2^1, prin care se stipulează obligativitatea instituirilor de credit de a obţine, înainte de începerea activităţii, a unei aprobări a BNR pentru persoanele cu funcţie de conducere de nivel mediu a unor activităţi de importanţă deosebită, subliniem dispoziţiile art. 5, care, coroborate cu cele prevăzute la art. 6, obligă instituţiile de credit să supună în prealabil aprobării băncii centrale modificări referitoare la strategia de investiţii, impactul noii activităţi asupra conturilor bilanţiere şi a contului de profit şi pierdere pentru anul următor, prezentarea proceselor de identificare, administrare, monitorizare şi raportare a riscurilor aferente noilor activităţi, şi a calculului efectuat în cadrul procesului intern de evaluare a adecvării capitalului la profilul de risc precum şi la persoanele nominalizate să exercite responsabilităţi de administrare şi/sau de conducere.

Ţinând cont de caracterul de analiză sintetică al lucrării de faţă, ne-am permis să enumerăm aici doar câteva din măsurile luate de către autorităţi în sensul diminuării şi preîntâmpinării efectelor financiare negative generate de o desfăşurare necontrolată şi greşit administrată a activităţilor instituţiilor de credit, deşi, în întregul său, acest act normativ se doreşte a fi instrumentul unui control cât mai strict al unor eventuale activităţi mai puţin prudente pe piaţa financiară şi economică, activităţi care fiind susceptibile de riscuri majore, fără adoptarea unor măsuri de identificare şi administrare cât mai controlate, ar conduce la situaţii generatoare de grave implicaţii financiare şi economice.

În condiţii de criză economico/financiară mondială, fiecare stat se află în pericolul confruntării cu o depreciere periculoasă a monedei naţionale, depreciere care conduce, pe cale de consecinţă, la sporirea inflaţiei, micşorarea puterii de cumpărare a cetăţeanului prin majorarea preţului produselor, reducerea cifrei de afaceri a agenţilor economici, scumpirea importurilor, într-un cuvânt un întreg lanţ de dificultăţi economice care adâncesc criza financiară.

Under the conditions of the global economic/financial crisis, each state has been facing the danger of being confronted with a significant depreciation of its national currency, a depreciation which, consequently, would lead to higher inflation, a drop in citizens' purchasing power – by the price of products going up, a reduction of economic agents' turnover, more expensive imports; in short, to a whole chain of economic difficulties which would deepen the financial crisis.

Our country's Agreement with the IMF had, on one hand, as main target to provide the resources needed in case of extreme necessity, and, on the other hand and not less important for that matter, to maintain Romania's credibility as a country able to manage, in a prudent and responsible manner, the imminent shock it could face.

The economic and legal measures adopted following the negotiation of the Agreement have brought about a controlled maximum of the crisis development, a stable exchange rate and a certain level of the national currency depreciation.

Via these measures and via a new loan agreement with the IMF, the Romanian state forecasts a certain alleviation of the crisis effects, the guarantee being the recent statement of the most authorised person in the field – namely the NBR Governor, Mr. Mugur Isărescu, who stated that the peak of the crisis in Romania was in Q1 2009, the angle of the V being reached during this period.

English version by Flavia Toader, PhD

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Acordul cu FMI a avut pe de o parte drept scop principal asigurarea resurselor necesare în caz de extremă necesitate, iar pe de altă parte, de loc mai puțin importantă, păstrarea credibilității României ca țară în măsură să gestioneze prudent şi responsabil socul iminent la care urma să fie supusă.

Măsurile economice şi legislative adoptate ca urmare a negocierii acordului au realizat un maxim controlat al evoluției crizei, stabilitate pe curs şi pe deprecierea monedei naționale.

Prin aceste măsuri, cât şi prin noul acord de împrumut cu FMI, statul român previzionează o anumită atenuare a efectelor crizei, garanție fiind recenta declarație a persoanei cea mai autorizată – Guvernatorul BNR, Dl. Mugur Isărescu care a spus că apogeul crizei în România s-a înregistrat in trimestrul I 2009, unghiul literei V fiind atins în această perioadă.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Remarks on banking contracts in the new romanian Civil code

Associate Professor **Lucian BERCEA**, *PhD*
Faculty of Law
The West University of Timişoara

The codification of banking contracts, for the first time, in the Romanian private law makes the object of the present study. The analysed regulation is the result of a legal transfer from another law system, the drafters of the new Civil Code envisaging, at least in banking matter, the positivist ideal of a „better law", and not that of the maturation of their own concepts and ideas. The non-uniform, incomplete and inconsistent regulation, particularly regarding the bank credit, is the consequence of an ad litteram, *mimetic and non-creative reproduction of legal texts. The only type of intervention from the part of the drafters on the translation, namely the performance of a selection, has triggered additional problems, depriving the text of the coherence it used to possess in the original regulation.*

Key terms: legal transfer, legal translation, Civil Code, banking contract, bank deposit, bank loan, unilateral termination of the contract.

Notice: The references used throughout the paper have the following sources: NCC – the new Civil Code; PNCC - the Draft of the new Civil Code; TPNCC – the Preliminary theses of the draft of the new Civil Code; EMNCC - the Explanatory memorandum of the draft of the new Civil Code; CCI – the Italian Civil Code.

1. Brief considerations on the codification by means of translation in the Romanian private law

Traditionally, the Romanian substantive private law has been built and gets regenerated by means of legal transfers, which considerably define it. As an equally characteristic element, it perpetually finds itself in a state of delicate balance, overcome through new loans, to which the national legislator resorts to in order to feed itself and underneath which there lies either an ideology of adjustment to values that are considered European or global, or one that pursues the positivist ideal of a „better law".

The national legislator's resort to the legal transfer which favours the surface of the rule is clearly explainable by the desideratum which the former sets himself, namely that of reducing the significant differences between the system from which the transfer is being performed, considered *a priori* as superior, and his own national system, a superficial functional project, which is contradicted, quite often, by the post-transfer practical realities.

This reality gets complicated in the hypothesis in which the transferred rules are integrated into sub-systems of the system, artificially considered as representing „codifications". In comparison to what would have happened in a traditional legal system

BCU "LUCIAN BLAGA" CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Câteva observații privind contractele bancare în noul Cod civil român

Conf. univ. dr. **Lucian BERCEA**
Facultatea de Drept
Universitatea de Vest din Timişoara

Codificarea contractelor bancare, în premieră în dreptul privat din România, face obiectul prezentului studiu. Reglementarea analizată este rezultatul unui transfer legal dintr-un alt sistem de drept, redactorii noului Cod civil urmărind, cel puțin în materie bancară, idealul pozitivist al unui „drept mai bun", iar nu pe cel al maturizării propriilor concepte și idei. Reglementarea neomogenă, incompletă și inconsistentă, îndeosebi în ceea ce privește creditul bancar, este consecința unei preluări ad litteram, *mimetică și necreativă, a textelor legale. Singurul tip de intervenție a redactorilor asupra traducerii, operarea unor selecții, a provocat probleme suplimentare, lipsind textul de coerența pe care o avea în reglementarea de origine.*

Termeni-cheie: transfer legal, traducere juridică, Cod civil, contract bancar, depozit bancar, credit bancar, denunțare unilaterală a contractului.

Notă: Referințele din cuprinsul lucrării au următoarele surse: NCC – noul Cod civil; PNCC – Proiectul noului Cod civil; TPNCC – Tezele prealabile ale proiectului noului Cod civil; EMNCC – Expunerea de motive la proiectul noului Cod civil; CCI – Codul civil italian.

1. Scurte considerații despre codificarea prin traducere în dreptul privat românesc

Tradițional, dreptul privat pozitiv român a fost construit și se regenerează prin transferuri legale, care îl definesc în mod substanțial. Ca element în egală măsură caracteristic, el se găsește perpetuu într-o stare de echilibru fragil, depășită prin noi împrumuturi la care legiuitorul național recurge în scop alimentar și în spatele cărora se află fie o ideologie de aliniere la valori considerate europene sau globale, fie una care urmărește idealul pozitivist al unui „drept mai bun".

Recursul legiuitorului național la transferul legal care privilegiază suprafața regulii este în mod evident explicabil prin dezideratul pe care acesta și-l propune, de reducere a diferențelor semnificative între sistemul din care se transferă, considerat *a priori* superior, și propriul sistem național, proiect funcțional superficial, care este contrazis, de multe ori, de realitățile practice post-transfer.

Această realitate se complică în ipoteza în care regulile transferate sunt integrate în sub-sisteme ale sistemului, în mod artificial considerate ca reprezentând „codificări". În raport cu ceea ce s-ar fi întâmplat într-un sistem de drept tradițional (în care codificarea ar fi marcat un moment de echilibru al sistemului și un punct maxim, de maturizare internă, în evoluția acestuia), într-un sistem cu o identitate discutabilă codificarea însăși este artificială,

(in which the codification would have marked a moment of balance of the system and a peak, of internal maturation, in its development), in a system with a questionable identity, the codification itself is artificial, because it is made through the transfer of rules from another system, whilst the import might fail, because the effectiveness of the transferred rule depends on its capacity to integrate itself into the new legal culture, to be in line with a tradition.

Incidental to the question of the legal transfers, the issue of the translations in law is meant to answer a reality, namely that no legal text, irrespective of the national legal system, has been designed in order to be transferred, and therefore the transfer (which presupposes the translation, no matter how correct) represents a break from the context of the legal rule.

The problem of the translations has a respectable tradition in Romanian law, although it has never been theorized. Constantly, the national legislator distinguishes himself through unsuccessful translations, according to a most varied typology. The monumental work of academic translation that is the Romanian Civil Code from 1864 comprises, altogether, translation omissions (deliberate or accidental), incorrect translations, interpretations of the original text marked by the translator's own dogmatic choices, presented as faithful translations.

A century and a half later, upon the (re)codification of the private law in Romania, the drafters of the new Civil Code seem not to have learned at least the lesson of the „timeless French model". Abandoning the loyalty towards a particular source of inspiration representing the „better law", which has characterized previous codifications in civil and commercial matters, the former have proceeded, firstly, to select the „best rights" out of the „better rights", and then to translate, more or less literally, some of the selected texts, therefore „de-codified", to which they ultimately sought to imprint coherence and cohesion, namely to „codify" them.

2. The banking contracts in the new Civil Code. Addressing the issue

The quality of a codification (as, otherwise, that of any regulation with a high degree of complexity) can be tested by analyzing the marginal rules: usually, the interest of the drafters of the codification in relation to a particular sequence of that regulation is directly proportional to the position the latter occupies in the structure of the act.

Banking contracts occupy a marginal position in the structure of the new Civil Code and therefore represent a good example to test its consistency.

The regulation of the banking contracts in the new Civil Code, a first in the Romanian private law, represents one of the consequences of the abandonment of the dualism civil code - commercial code. The thesis for the unitary regulation of obligational relationships presupposed, *inter alia*, the inclusion in the Civil Code of *as many contracts as possible (...), including those contracts considered as the exclusive prerogative of traders. Thus, the Civil Code shall regulate (...) a number of banking contracts* (TPNCC).

The rationale for the regulation of banking contracts was justified, first and foremost, by the special features that they have in relation to the „classic" contracts, upon this occasion normatively clarifying the relationships genus–species: deposit–bank deposit, loan–bank credit, current account – current bank account, rental – the rental of safe deposit boxes. The argument, as we shall point out, has not always been respected.

Secondly, the regulation of banking contracts *responds to a reality characterized by the «bankarization» of the economic relations, phenomenon specific to a market economy"*

pentru că se realizează prin transferarea unor norme dintr-un alt sistem, iar importul poate eşua, căci eficacitatea normei transferate depinde de capacitatea sa de a se integra în noua cultură juridică, de a se înscrie într-o tradiţie.

Accesorie problematicii transferurilor legale, chestiunea traducerilor în drept este menită să răspundă unei realităţi, aceea că niciun text juridic din niciun sistem legal naţional nu a fost conceput pentru a fi transferat, astfel încât transferul (care presupune traducerea, oricât de corectă ar fi) reprezintă o desprindere din context a regulii juridice.

Problema traducerilor are o respectabilă tradiţie în dreptul român, deşi ea nu a fost niciodată teoretizată. Ca o constantă, legiuitorul naţional se remarcă prin traduceri nereuşite, conform unei tipologii dintre cele mai variate. Monumentala operă de traducere academică pe care o reprezintă Codul civil român de la 1864 cuprinde, laolaltă, omisiuni de traducere (voite sau întâmplătoare), traduceri eronate, interpretări ale textului de origine marcate de propriile opţiuni doctrinare ale traducătorului şi prezentate drept traduceri fidele.

Un secol şi jumătate mai târziu, cu ocazia (re)codificării dreptului privat în România, redactorii noului Cod civil par să nu fi învăţat nici măcar lecţia „eternului model francez". Abandonând fidelitatea faţă de o anumită sursă de inspiraţie reprezentând „dreptul mai bun", care a caracterizat codificările anterioare în materie civilă şi comercială, aceştia au procedat, întâi, la o selectare a „celor mai bune drepturi" dintre „drepturile mai bune", apoi la traduceri mai mult sau mai puţin literale ale unor texte selectate, deci „de-codificate", cărora au căutat *in fine* să le imprime coerenţă şi coeziune, adică să le „codifice".

2. Contractele bancare în noul Cod civil. Punerea problemei

Calitatea unei codificări (ca, de altfel, a oricărei reglementări cu un grad de complexitate ridicat) poate fi testată prin analizarea normelor marginale: de regulă, interesul redactorilor codificării în raport cu o secvenţă a reglementării este direct proporţional cu poziţia pe care o ocupă aceasta în structura actului.

Contractele bancare ocupă o poziţie marginală în economia reglementării noului Cod civil, deci reprezintă un bun exemplu pentru testarea coerenţei acestuia.

Reglementarea contractelor bancare în noul Cod civil, o premieră în dreptul privat românesc, constituie una dintre consecinţele abandonării dualismului cod civil-cod comercial. Teza reglementării unitare a raporturilor obligaţionale presupunea *inter alia* includerea în Codul civil *a cât mai multor contracte (...), inclusiv contractele considerate ca fiind apanajul exclusiv al comercianţilor. Astfel, vor fi reglementate în Codul civil (...) o serie de contracte bancare* (TPNCC).

Raţiunea reglementării contractelor bancare a fost justificată de redactorii noului Cod civil, în primul rând, prin particularităţile pe care aceste figuri contractuale le prezintă în raport cu contractele „clasice", cu această ocazie clarificându-se normativ raporturile gen – specie depozit – depozit bancar, împrumut – credit bancar, cont curent comercial – cont curent bancar, locaţiune – închiriere de casete de valori. Argumentul, aşa cum vom arăta, nu a fost întotdeauna respectat.

În al doilea rând, reglementarea contractelor bancare „răspunde unei realităţi caracterizată prin «bancarizarea» raporturilor economice, fenomen specific unei economii

(EMNCC). Leaving aside the partially improper use of the term „bankarization", which designates the percentage of population having access to banking services or their level of penetration, and not the necessarily incidental nature of banking services in relation to economic relationships, one recognizes the existence of a new category of contracts, which up until now had the status of unnamed contracts, which were to be regulated by means of incorporation within the code.

3. The source of inspiration for the regulation of the banking contracts in the new Civil Code

Chapter XV *The current bank account and other banking contracts* (articles 2171 - 2198) of Title IX *Various special contracts*, belonging to Book V *On obligations* of the new Civil Code, is a translation of a chapter from the Italian Civil Code of 1942, namely that of Chapter XVII *Dei contratti bancari* (articles 1834-1860).

The quality of the translation is good. The source of inspiration is, nevertheless, relatively old, which, within the banking field, does not represent a valid premise, given the developments undergone by the banking law under the influence of the information technology and the globalization of the economy.

The translation was done, however, selectively. The regulations from the Italian Civil Code which were not taken over concern both institutions *in integrum* and sequences of the imported regulations: the savings deposit book – in the field of the bank deposit contract, credit guarantee facilities, loans with pledge on securities or commodities or the discount credit – in the field of the bank loan contract. Most of the times, however, the selection performed by the drafters has not been justified, as we shall demonstrate.

4. The place of the banking contracts in the new Civil Code

Although the new Civil Code comprises a section reserved for banking contracts, we should clarify *ab initio* that this matter is not limited to the respective chapter. Within the new regulation, there are additional sources of banking law, notably among the relevant institutions belonging to the general regulations regarding civil obligations, such as, for example, the payment by bank transfer (in the field of the performance of obligations), the letter of guarantee (in the field of personal guarantees) or the mortgage over accounts (in the field of securities *in rem*).

For the first time in the Romanian substantive private law, the new Civil Code recognizes the banking contracts as a special category of contracts. The banking contracts hold, however, a marginal place in the structure of the regulation, not only due to the position and quantity of the rules, but, unfortunately, also due to the quality of some of these rules, particularly in the field of the bank credit.

5. The banking contracts regulated in the new Civil Code

The drafters of the new Civil Code were in the position to make some choices regarding the banking contracts which were to be subject to regulation.

de piaţă" (EMNCC). Lăsând la o parte utilizarea parţial improprie a termenului „bancarizare", care desemnează procentul populaţiei care are acces la serviciile bancare sau nivelul de penetrare a acestora, iar nu caracterul necesar accesoriu al serviciilor bancare faţă de raporturile economice, se recunoaşte existenţa unei noi categorii de contracte, până în prezent având statut de contracte nenumite, care urmau să fie reglementate prin încorporare în cod.

3. Sursa de inspiraţie a reglementării contractelor bancare în noul Cod civil

Capitolul XV *Contul bancar curent şi alte contracte bancare* (art. 2171-2198) din Titlul IX *Diferite contracte speciale*, aparţinând Cărţii a V-a *Despre obligaţii* din noul Cod civil, reprezintă o traducere a unui capitol din Codul civil italian de la 1942, mai precis a Capitolului XVII *Dei contratti bancari* (art. 1834-1860).

Traducerea este de bună calitate. Sursa de inspiraţie este, însă, relativ veche, ceea ce în materie bancară nu reprezintă o bună premisă, faţă de evoluţiile pe care le-a cunoscut dreptul bancar sub influenţa tehnologiilor informatice şi a globalizării economiei.

Traducerea a fost realizată, în schimb, selectiv. Reglementările nepreluate din Codul civil italian privesc atât instituţii *in integrum*, cât şi secvenţe ale reglementărilor importate: livretul de depozit pentru economii – în materia contractului de depozit bancar; garanţiile accesorii facilităţii de credit, creditele cu garanţii reale mobiliare constituite pe titluri sau mărfuri sau creditul prin scont – în materia contractului de credit bancar. De cele mai multe ori, selecţia operată de redactori nu a fost, aşa cum vom arăta, justificată.

4. Poziţia contractelor bancare în noul Cod civil

Cu toate că noul Cod civil cuprinde un capitol rezervat contractelor bancare, trebuie precizat *ab initio* că sediul acestei materii nu îl reprezintă exclusiv capitolul respectiv. În noul act normativ există surse complementare de drept bancar, în special printre instituţiile relevante aparţinând reglementării generale a obligaţiilor civile, cum sunt, de pildă, plata prin virament bancar (în materia executării obligaţiilor), scrisoarea de garanţie (în materia garanţiilor personale) sau ipoteca asupra conturilor (în materia privilegiilor şi a garanţiilor reale).

Aşa cum arătam, noul Cod civil recunoaşte contractele bancare ca reprezentând o categorie specială de contracte, pentru prima dată în dreptul privat pozitiv din România. Contractele bancare deţin, însă, un loc marginal în economia reglementării, nu numai prin poziţia şi cantitatea normelor, ci, în mod regretabil, şi prin calitatea unor norme, în special în materia creditului bancar.

5. Contractele bancare reglementate în noul Cod civil

Redactorii noului Cod civil au fost puşi în situaţia de a face anumite alegeri privind contractele bancare care urmau să facă obiectul reglementării.

Soluţia rezonabilă, în această privinţă, implica raportarea noului act normativ la activităţile pe care legea specială în materie, Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006

The reasonable solution, in this regard, involved the necessity to compare the new piece of legislation to the activities which the special law in the matter, the Government Emergency Ordinance no. 99/2006 on credit institutions and capital adequacy, qualifies in an express and limitative manner as banking activities: acceptance of deposits and lending. Correspondingly, therefore, the new Civil Code should have regulated, under banking contracts, the contracts associated with these activities, namely the bank deposit contract and the bank credit contract. Possibly, the object of the regulation could have been extended to the transactions regarding the transfer of funds, connected to the banking activities and traditionally performed by the banks, with the consequence of including in the new legislation the current bank account contract, the contract associated with the transfers of funds.

The declared intentions of the drafters of the new Civil Code in respect to the above mentioned choice are questionable.

Firstly, the drafters regulate the banking contracts without being animated by claims of completeness, stating that *(...) the Civil Code shall regulate (...) a number of banking contracts* (TPNCC). Therefore, the new regulation does not comprise all banking contracts, but only some of them.

Secondly, the drafters regulate the banking contracts as species of some classic contracts, arguing, for instance, that *the need to regulate the current bank account contract is justified (...) by the specific features which the latter presents in comparison to the business current account contract (...)* (EMNCC). However, they do this in a manner that lacks unity, since one would have expected the application of the same reasoning also in the case of the bank credit, compared to the classic money loan.

Finally, the drafters commit errors in qualifying the banking contracts when they mention that *(...) together with the bank account contract, we also propose the regulation of other current banking transactions which are carried through a current account or which represent an application of a classic contract (the rental of safe deposit boxes)* (EMNCC). The bank deposit and the bank credit represent the main banking activities and they do not constitute *current banking transactions which are performed by means of a current account*, since they are not essentially conditioned by the existence of a current bank account. On the contrary, the current bank account is an accessory to the main banking activities.

The choice which the drafters make, eventually, is partially wrong. In the new Civil Code, the current bank account contract and the bank deposit contract are regulated, but the bank credit contract is not regulated as a genus, but only one of its species (*credit facility*); in exchange, the Code regulates a contract (*the rental of safe deposit boxes*) which is not of the essence of the banking activity.

The need for a general regulation of the bank credit contract is justified not only for reasons linked to ensuring the consistency of the regulation (since the new Civil Code lacks the regulation of the bank credit as genus, although it represents the key-contract in the matter) or the absence of a statutory definition of the contract, subsequent to the repeal, in 2006, of Banking Law no. 58/1998. The complexity of the concept of bank credit should have led to its subsuming to a common law which to reveal the essential elements of any loan transaction: the credit institution's commitment to make available for the customer a sum of money and the latter's corresponding obligation to repay the funds and to pay a remuneration. The old statutory definition of the bank credit (which included the credit by providing the funds, by postponing the due date or by acquiring claims), although, in its turn, not safe from criticism, could have been capitalized.

privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului, le califică într-o manieră expresă şi limitativă drept activităţi bancare: atragerea de depozite şi acordarea de credite. Corelativ, deci, noul Cod civil ar fi trebuit să reglementeze, cu titlu de contracte bancare, contractele asociate acestor activităţi, respectiv contractul de depozit bancar şi contractul de credit bancar. Eventual, obiectul reglementării putea fi extins la operaţiunile de transfer de fonduri, conexe activităţilor bancare şi desfăşurate în mod tradiţional de bănci, cu consecinţa includerii în noul act normativ a contractului de cont curent bancar, contract asociat transferurilor de fonduri.

Intenţiile declarate ale redactorilor noului Cod civil, în ceea ce priveşte alegerea amintită, sunt discutabile.

În primul rând, redactorii reglementează contractele bancare fără să fie animaţi de pretenţii de exhaustivitate, arătând că *(...) vor fi reglementate în Codul civil (...) o serie de contracte bancare* (TPNCC). Noua reglementare nu cuprinde, aşadar, toate contractele bancare, ci doar o parte dintre acestea.

În al doilea rând, redactorii reglementează contractele bancare ca specii ale unor contracte clasice, argumentând, de pildă, că *necesitatea unei reglementări a contractului de cont curent bancar se justifică (...) prin particularităţile pe care acesta le prezintă faţă de contractul de cont curent comercial (...)* (EMNCC). O fac, însă, în mod neunitar, căci era de aşteptat aplicarea aceluiaşi raţionament şi în cazul creditului bancar, în raport cu împrumutul clasic de sume de bani.

În fine, redactorii comit erori de calificare a contractelor bancare atunci când menţionează că *(...) alături de contractul de cont bancar se propune şi reglementarea altor operaţiuni bancare curente care se realizează prin intermediul unui cont curent sau care reprezintă o aplicaţie a unui contract clasic (închirierea casetei de valori)* (EMNCC). Depozitul bancar şi creditul bancar reprezintă operaţiuni bancare principale, care nu pot fi reglementate de pe poziţia unor *operaţiuni bancare curente care se realizează prin intermediul unui cont curent*, întrucât nu sunt esenţialmente condiţionate de existenţa unui cont curent bancar. Dimpotrivă, acesta din urmă are caracter conex activităţilor bancare propriu-zise.

Alegerea pe care, în final, o fac redactorii este parţial eronată. În noul Cod civil sunt reglementate contractul de cont curent bancar şi contractul de depozit bancar, însă nu este reglementat contractul de credit bancar ca gen, ci doar o specie a acestuia (*facilitatea de credit*); în schimb, se reglementează un contract (*închirierea casetelor de valori*) care nu este de esenţa activităţii bancare.

Necesitatea unei reglementări generale a contractului de credit bancar era justificată nu numai pentru raţiuni care ţine de asigurarea coerenţei reglementării (din noul Cod civil nu poate lipsi reglementarea genului credit bancar, contractul-cheie în materie) sau de inexistenţa unei definiţii legale a contractului, subsecvent abrogării în 2006 a Legii bancare nr. 58/1998. Complexitatea conceptului de credit bancar ar fi trebuit să determine subsumarea sa unui drept comun care să releve elementele esenţiale ale oricărei operaţiuni de creditare: angajamentul instituţiei de credit de a pune la dispoziţia clientului o sumă de bani şi obligaţia corelativă a acestuia din urmă de a rambursa fondurile şi de a plăti o remuneraţie. Vechea definiţie legală a creditului bancar (care făcea vorbire despre creditul prin punerea la dispoziţie a fondurilor, prin amânarea scadenţei unei creanţe sau prin achiziţia de creanţe), deşi nu era, nici ea, la adăpost de critici, putea fi valorificată.

6. Species of the banking contracts regulated by the new Civil Code

Subsequent to the selection of the banking contracts that were to make the object of the regulation, the drafters of the new Civil Code found themselves in the position of choosing their significant species.

The reasonable (and, equally, basic) solution would have been to regulate the important species of each banking contract.

Moreover, the declared intention of the drafters was such: *it is intended that each special contract shall have a distinct chapter, and the contracts devised as variations of a particular type of contract shall constitute subdivisions of a chapter (...)* (TPNCC).

The choice, in this respect also, was largely incorrect. After having regulated the current bank account, a copy which has become more famous than the original (the commercial current account), without making any reference to the bank card contract, the drafters of the new Civil Code include in the section dedicated to the bank deposit both the deposit of funds and the deposit of financial instruments, as species of this contract, although only the deposit of funds constitutes, in fact, an actual bank deposit.

Moreover, in the matter of the bank credit, inexplicably, only one species of the contract is regulated: the credit facility. The consequence of the omissive regulation lies in the fact that the bank credit will remain, as a genus, in the category of unnamed contracts, since the regulation from the new Civil Code does not have the status of a general law for all the species of the bank credit, but that of a law applicable to a single species.

Important types were, therefore, omitted, even beginning with the classic loan supposing the immediate advancement of the funds and continuing with the special assignments of claims (such as the commercial papers credit) and the signature credits (as, for example, the letter of bank guarantee). It is true, however, that certain omissions may be filled up by referring to texts outside the chapter on the banking contracts (for example, the letter of guarantee is regulated as an autonomous guarantee) or even extrinsic to the very new Civil Code (certain types of bank loan such as mortgage loans, consumer credit or factoring continuing to benefit from special laws). These regulations, however, do not surpass the absence from the new Civil Code of some necessary definitions of the mentioned types of bank credit, especially the credits resulting from the assignment of claim or the signature credits.

7. Review of the regulation of the banking contracts in the new Civil Code

The new Civil Code comprises a set of rules regulating each type of banking contract, most of which being taken from the original codification of the Italian Civil Code.

The regulation of the current bank account (art. 2184 to 2190 of the NCC) includes *inter alia* the consecration of the availability of the balance in hand, with the observance of the contractual notice period, the mutual offsetting of balances in case of the existence of more current accounts of the same holder, the legal treatment of the joint holders of a current account and of the joint current account, the establishment of the right of each contracting parties to unilaterally terminate the bank current account contract concluded

6. Speciile contractelor bancare reglementate în noul Cod civil

Subsecvent alegerii contractelor bancare care urmau să facă obiectul reglementării, redactorii noului Cod civil au fost puşi în situaţia de a opta cu privire la speciile semnificative ale acestora.

Soluţia rezonabilă (şi, în egală măsură, elementară) era reglementarea speciilor importante ale fiecărui contract bancar.

De altfel, intenţia declarată a redactorilor era exprimată în acest sens: *se preconizează ca fiecărui contract special să-i fie destinat un capitol distinct, iar contractele concepute ca variaţiuni ale unui tip special de contract vor constitui subdiviziuni ale unui capitol (...)* (TPNCC).

Opţiunea, şi în această privinţă, a fost în bună parte eronată. După ce reglementează contul curent bancar, o copie care a devenit mai celebră decât originalul (contul curent comercial), fără să facă vreo referire la contractul de card bancar, redactorii noului Cod civil includ în secţiunea rezervată depozitului bancar atât depozitul de fonduri, cât şi depozitul de titluri, deşi numai depozitul de fonduri constituie, în realitate, un depozit bancar propriu-zis.

Mai mult, în materia creditului bancar este reglementată, în mod inexplicabil, o singură specie a contractului: linia de credit. Consecinţa reglementării omisive constă în aceea că creditul bancar va rămâne, ca gen, în categoria contractelor nenumite, reglementarea din noul Cod civil neavând statutul unui drept comun al tuturor speciilor creditului bancar, ci pe cel al unui drept aplicabil unei singure forme de credit. Specii importante ale creditului bancar au fost, aşadar, omise, începând chiar cu creditul clasic prin punerea la dispoziţie imediată a fondurilor şi continuând cu cesiunile de creanţă speciale (cum este scontul) sau cu creditele prin semnătură (ca, de pildă, scrisoarea de garanţie bancară). Este adevărat, însă, că anumite omisiuni pot fi suplinite prin apelul la texte extrinseci capitolului rezervat contractelor bancare (spre exemplu, scrisoarea de garanţie, reglementată cu titlu de garanţie autonomă) sau chiar extrinseci însuşi noului Cod civil (anumite specii de credit bancar, cum sunt creditul ipotecar, creditul pentru consum sau *factoring*-ul, continuând să beneficieze de legi speciale). Aceste reglementări, însă, nu surmontează lipsa din noul Cod civil a unor necesare definiţii ale speciilor creditelor bancare amintite, în special a creditelor prin cesiune de creanţă şi a creditelor prin semnătură.

7. Sinteza reglementării contractelor bancare în noul Cod civil

Noul Cod civil cuprinde o sumă de norme în materia fiecărui contract bancar, în marea lor majoritate preluate din reglementarea originară a Codului civil italian.

Reglementarea contului bancar curent (art. 2184-2190 NCC) include *inter alia* consacrarea regulii disponibilităţii soldului creditor, cu respectarea termenului de preaviz contractual, compensarea reciprocă a soldurilor în cazul existenţei mai multor conturi curente ale aceluiaşi titular, regimul aplicabil cotitularilor contului curent şi contului curent indiviz, instituirea dreptului fiecărei părţi contractante de denunţare unilaterală a contractului de cont curent bancar încheiat pe perioadă nedeterminată, recunoaşterea naturii juridice de mandat a raporturilor dintre titularul de cont curent şi instituţia de credit împuternicită să execute o anumită operaţiune, prevederea unui termen special de prescripţie a dreptului la acţiunea în

for an undetermined duration, the recognition of the legal status of an agency as regards the relationships between the holder of the current account and the credit institution empowered to carry out a given operation, the provision of a special time limit for the right to pursue action to recover the credit balance resulting upon closure of the current account, of five years from the date of the closure of the current account.

In what concerns the bank deposit (art. 2191 to 2192 of the NCC), the codification sets forth the nature of an ownership transfer agreement of the funds deposit, the principle of monetary nominalism that governs the bank's obligation to reimburse the funds, the recognition of the effects of the contractual or usual notice period, the bank's obligation to inform the customer free of charge about the conducted operations, as well as, in what concerns the deposit of financial instruments, the bank's duty of care and prudence in the management of the customers' financial instruments.

Bank credit (art. 2193 to 2195 of the NCC) includes, as we have already mentioned, rules only applicable to the so-called credit facility, that is the line of credit following the *revolving* principle, by way of *the obligation* (of credit institutions – a.n.) *to keep available to the customer an amount of money for a certain period of time.* The key elements of the credit facility are, however, only partially regulated: the codification sets forth the customer's right to withdraw certain amounts of money, by instalments, up to the maximum amount provided by the credit institution, as well as the customer's possibility to make successive repayments that renew the available amount, but it omitted the customer's obligation to pay the bank the interest only for the amounts of money actually withdrawn and for periods when those amounts are actually used. Finally, it established the right of the bank to unilaterally terminate the credit facility contract for well-grounded reasons concerning the beneficiary of the facility, to which we shall pay special attention further on.

Finally, the regulation of the rental of safe deposit boxes (art. 2196 to 2198 of the NCC) establishes the liability of the bank to its customers for ensuring adequate and safe room, as well as the integrity of the deposit box and lays down the procedure applicable to the opening of the deposit box in particular circumstances (the existence of joint holders, the customer's death, winding up or reorganization of the legal entity) and of the forced opening of the deposit boxes at the expiry of the stated period of time, authorized by way of summary proceedings, in the presence of a notary public, together with the conditions of preservation and valuing of the found objects.

8. Critical analysis of the right of the bank to unilaterally terminate the credit facility contract

According to art. 2195 of the NCC, *absent a clause to the contrary, the bank cannot terminate the contract before expiry of the agreed period except for well-grounded reasons, if they concern the beneficiary of the credit facility. A contrario*, for well-grounded reasons the bank may terminate the contract before its maturity.

The unilateral termination of the contract for „well-grounded reasons concerning the beneficiary of the credit facility" has the legal status of a cause of terminating the contract at the unilateral initiative of the bank for well-grounded reasons, other than the faulty breach of the contractual obligations by the customer, which would result in imposing the sanction of cancellation.

restituirea soldului creditor rezultat la închiderea contului curent, de 5 ani de la data închiderii contului curent.

În materia depozitului bancar (art. 2191-2192 NCC) sunt reglementate caracterul translativ de proprietate al depozitului de fonduri, principiul nominalismului monetar care guvernează obligaţia de restituire a fondurilor de către bancă, recunoaşterea efectelor termenului de preaviz contractual sau uzual, obligaţia băncii de asigurare gratuită a informării clientului cu privire la operaţiunile efectuate, precum şi, în ceea ce priveşte depozitul de titluri, obligaţia de administrare diligentă şi prudentă de către bancă a titlurilor clientului.

Creditul bancar (art. 2193-2195 NCC) cuprinde, aşa cum am arătat deja, norme aplicabile exclusiv aşa-numitei facilităţi de credit, adică liniei de credit care funcţionează pe principiul *revolving*, prin *obligaţia* (instituţiei de credit – n.n.) *de a ţine la dispoziţia clientului o sumă de bani pentru o anumită perioadă de timp*. Elementele definitorii ale liniei de credit sunt, însă, doar parţial reglementate: se instituie dreptul clientului de a efectua trageri de sume de bani, în tranşe, în limita plafonului pus la dispoziţie de instituţia de credit, precum şi posibilitatea clientului de a efectua rambursări succesive care reînnoiesc suma disponibilă, însă a fost omisă obligaţia clientului de a remunera banca cu dobândă numai pentru sumele de bani trase efectiv şi pentru perioadele în care respectivele sumele de bani sunt utilizate. În fine, este instituit dreptul băncii de a denunţa unilateral contractul de facilitate de credit pentru motive temeinice care privesc beneficiarul facilităţii, pe care îl vom analiza în mod special în cele ce succed.

În fine, reglementarea închirierii de casete de valori (art. 2196-2198 NCC) instituie răspunderea băncii faţă de client pentru asigurarea unei încăperi adecvate şi sigure şi pentru integritatea casetei şi descrie procedura aplicabilă deschiderii casetei în situaţii particulare (existenţa unor cotitulari multipli, decesul clientului, încetarea sau reorganizarea persoanei juridice), precum şi deschiderii forţate a casetei la împlinirea termenului prevăzut în contract, autorizată pe cale de ordonanţă preşedinţială, în prezenţa unui notar public, împreună cu condiţiile de conservare şi valorificare a obiectelor descoperite.

8. Analiza critică a dreptului băncii de denunţare unilaterală a contractului de facilitate de credit

Potrivit art. 2195 NCC, *în lipsa unei clauze contrare, banca nu poate să denunţe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc beneficiarul facilităţii de credit. A contrario*, pentru motive temeinice banca poate să denunţe contractul înainte de scadenţă.

Denunţarea unilaterală a contractului pentru *motive temeinice care privesc beneficiarul facilităţii de credit* are natura juridică a unei cauze de încetare a contractului din iniţiativa unilaterală a băncii pentru motive întemeiate, altele decât încălcarea culpabilă de către client a obligaţiilor contractuale, care ar determina aplicarea sancţiunii rezilierii.

Raţiunea instituirii dreptului de denunţare unilaterală a contractului pentru motive temeinice rezidă în aceea că forţa obligatorie a contractului cedează în faţa imperativului surmontării riscului de credit, interesul comercial al băncii prevalând, în acest caz, asupra intereselor patrimoniale ale clientului.

The rationale underlying the regulation of the right to unilateral termination of the contract for well-grounded reasons is that the binding force of the contract ceases to exist when confronted with the imperative of surpassing credit risk, the bank's commercial interest overriding, in such circumstances, the economic interests of the customer.

The effects of the unilateral termination of the contract for well-grounded reasons affect the contract *in integrum*. The exercise by the credit institution of this power extinguishes the clients' right to use the funds and gives rise to their obligation to repay the used amounts and their adjuncts. A number of questions need, therefore, to find their answers.

Why is the right to unilateral termination only established for this special type of credit? Beyond the elementary justification that one can offer („because only this type of credit is regulated by the new Civil Code"), the limitation of the scope of the right to unilateral termination to the credit facility appears to be irrational, especially since, by definition, credit facilities provide customers with funds on which they can count in times of temporary shortage of liquidities and which should be characterized, essentially, by predictability and availability.

Why do the effects of the exercise of the right to unilateral termination cumulate, thus being extinguished not only the right to use the remaining funds in the future, but also the right to use those already withdrawn, by establishing the obligation to repay the used amounts and their adjuncts? Why are not there established alternatives thanks to which the customer be able to prevent or bar the exercise by the bank of the right to unilateral termination, such as the customers' reinstating their guarantees?

Indeed, the customers' protection against the abusive exercise of that power by the bank is minimal. Although the new Civil Code does not establish a potestative right, to be exercised *ad nutum*, but one to be exercised for good reasons, its use by the bank is quasi-discretionary *de facto*. The actual consequences arising from the unilateral termination of the contract consist, successively, in the cessation of the bank's funding, the customer's inability to use the remaining funds and, in addition to this, their obligation to return the ones already used, i.e. the occurrence of an important risk of insolvency. The potential damage caused by the abusive exercise of this right by the bank will be impossible to be effectively repaired, as in this kind of business there is practically no restoration to the original situation, but only the award of damages.

The analysis of the syntagma „well-grounded reasons concerning the beneficiary of the credit facility" gives rise to another series of questions.

Is there a difference from the concept of „just cause", used in the source of inspiration of the drafters (the Italian Civil Code) and in the draft of the new Civil Code, and subsequently replaced? After, pursuant to art. 2205 of the DNCC, *absent a clause to the contrary, the bank cannot terminate the contract before expiry of the agreed period except for a just cause*, the final version removes it, providing for the right of termination for *well-grounded reasons concerning the beneficiary of the credit facility*, although the concept of „just cause" was maintained in the new Civil Code not only with respect to the classic unjust enrichment, but also to other institutions (such as the revocation of the offer of reward issued to the public). The new phrase, although synonymous, is, however, less expressive, lacking the power of expression and the meanings associated, over time, to the just cause.

Does the new phrase represent an avatar of the institution of „changes in the economic situation of the debtor", used in the draft of the new Civil Code and subsequently removed?

Efectele denunțării unilaterale a contractului pentru motive temeinice se produc asupra contractului *in integrum*. Exercitarea de către instituția de credit a acestei prerogative stinge dreptul clientului de a utiliza fondurile şi dă naştere obligației sale de a restitui sumele utilizate şi accesoriile acestora. O serie de întrebări ar trebui să-şi găsească, în aceste condiții, răspunsuri.

De ce este instituit dreptul de denunțare unilaterală numai în cazul acestei specii de credit? Dincolo de explicația simplistă care poate fi oferită („pentru că numai această specie de credit este reglementată de noul Cod civil"), restrângerea sferei de aplicare a dreptului de denunțare unilaterală la linia de credit apare ca fiind irațională, cu atât mai mult cu cât, prin ipoteză, liniile de credit pun la dispoziția clientului fonduri pe care acesta poate conta în situații de deficit temporar de lichiditate şi care ar trebui să fie caracterizate, în mod esențial, prin predictibilitate şi disponibilitate.

De ce se cumulează efectele exercitării dreptului de denunțare unilaterală, stingându-se nu numai dreptul de a utiliza fondurile neutilizate pentru viitor, ci şi dreptul de a le utiliza pe cele trase deja, prin instituirea obligației de a restitui sumele utilizate şi accesoriile acestora? De ce nu se instituie alternative prin care clientul să poată preveni sau paraliza exercitarea de către bancă dreptului de denunțare unilaterală, cum ar fi reîntregirea de către client a garanțiilor?

Incontestabil, protecția clientului împotriva exercitării abuzive de către bancă a acestei prerogative este minimă. Deşi noul Cod civil nu instituie un drept potestativ, exercitabil *ad nutum*, ci unul exercitabil pentru motive temeinice, utilizarea sa de către bancă este *de facto* cvasi-discreționară. Efectele reale pe care le produce denunțarea unilaterală a contractului constau, succesiv, în întreruperea finanțării de către bancă, imposibilitatea clientului de a utiliza fondurile neutilizate şi, în plus, obligația sa de a le restitui pe cele pe care le-a utilizat deja, deci generarea unui risc semnificativ de insolvență. Eventualele prejudicii în cazul exercitării abuzive de către bancă a acestui drept vor fi imposibil de reparat în mod eficient, căci în acest gen de afaceri nu există practic repunere în situația anterioară, ci doar reparare a prejudiciului prin echivalent.

Analiza sintagmei *motive temeinice care privesc beneficiarul facilității de credit* dă naştere unei alte serii de întrebări.

Există vreo diferență față de conceptul de „justă cauză", utilizat în sursa de inspirație a redactorilor (Codul civil italian) şi în proiectul noului Cod civil, dar ulterior înlocuit? După ce art. 2205 PNCC prevedea că, *în lipsa unei clauze contrare, banca nu poate să denunțe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru justă cauză*, redactarea finală elimină conceptul în discuție, prevăzând dreptul de denunțare pentru *motive temeinice care privesc beneficiarul facilității de credit*, deşi conceptul de „justă cauză" a fost păstrat în noul Cod civil nu numai în cazul clasicei îmbogățiri fără justă cauză, ci şi în cazul altor instituții (cum este revocarea promisiunii publice de recompensă). Noua sintagmă, într-adevăr sinonimă, este, însă, mai puțin expresivă, lipsindu-i forța expresiei şi sensurile asociate, de-a lungul timpului, justei cauze.

Reprezintă această nouă sintagmă un avatar al instituției „schimbării situației patrimoniale a debitorului", utilizată în proiectul noului Cod civil şi eliminată ulterior? Conform art. 1567 PNCC, *dacă într-un contract sinalagmatic starea patrimonială a unei părți îndreptățeşte temerea că nu îşi va executa obligația, cealaltă parte poate refuza executarea propriei obligații, cât timp prima nu îşi execută obligația sau nu dă garanții suficiente. În cazul în care obligația nu este executată şi garanția nu îi este oferită într-un termen rezonabil, cel interesat poate declara*

According to art. 1567 of the DNCC, *if in a reciprocal contract the financial situation of a party justifies the fear that s/he will not perform their obligation, the other party may refuse to perform their obligation, as long as the former fails to do so or otherwise provide sufficient guarantees to this respect. Where the obligation is not performed and no guarantee is offered within a reasonable time, the interested party may declare the contract terminated, even if the debtor is not in default.* This justified cause of non-performance of the contractual obligations, in the form of a change in the economic situation of the debtor, has *ab initio* been deemed insufficient by the legislator, which regulated, even in draft new Civil Code (where the two institutions coexisted) the right of the bank to terminate unilaterally the contract, which is not, as such, the application of the abolished institution nor its avatar.

The meaning of the phrase *well-grounded reasons concerning the beneficiary of the credit facility* has to be associated with causes related to the customers and their estate. As such, we must exclude from the semantic scope of the text the circumstances of the financial market (such as the evolutions on the financial market which could raise the question of the cost increase in bank funding or that of the profit increase in loans of the same type that the bank could provide), as well as the circumstances relating to the bank (as, for example, its financial difficulties). Conversely, we must include in the scope of the text the changes in the financial situation of the customer (the evolutions of his/her general financial situation, the initiation of judicial or extrajudicial proceedings against him/her, the changes in the value of the loan collaterals, the increase in the customer's degree of indebtedness due to his/her contracting new loans, the provision by the customer of collaterals by way of real or personal securities in favour of third parties, the occurrence of payment incidents from the part of the customer etc.). Although they do not constitute faulty breaches of the contractual obligations (such as the failure to repay upon maturity or the use of amounts of money contrary to their contractual destination), these situations should be likely to justify the bank's fear that the customers may face difficulties in carrying out their obligation to repay the loan.

The source of difficulties faced in finding the meaning of the phrase *well-grounded reasons concerning the beneficiary of the credit facility* resides in the selective transfer of the provisions of the original codification (art. 1842-1845 of the ICC). After their translation, the new Code lacks the very premise of the exercise by the bank of the right to terminate unilaterally a contract, set forth in art. 1844 of the ICC: *Should the security become insufficient, the bank may require an additional collateral or a replacement of the surety. If the customer does not meet this request, the bank may resort to reducing the loan in proportion with the reduced amount of the collateral or may withdraw from the contract.* The consequences of the omission are the extension of the meaning of the phrase, in the new Romanian Civil Code, to situations not envisaged by the original text, as well as the risk of abusive interpretations of this provision by the banks.

The application of the institution of the right to unilaterally terminate the contract cannot be extended from the credit facility to the other types of bank credit. Indeed, bank credit will not have a general regulation, and will accordingly remain an unnamed contract. Or, pursuant to art. 1168 of the NCC, *contracts not regulated by the law will be governed by the provisions of this chapter* (the general provisions concerning the contract as a source of obligations – a.n.), *and, should they not be sufficient, the special rules concerning the contract which they most closely resemble*. Although one could identify similarities between the credit facility and the

rezoluţiunea contractului, chiar dacă debitorul nu se află în întârziere. Această cauză justificată de neexecutare a obligaţiilor contractuale, în forma schimbării situaţiei patrimoniale a debitorului, a fost *ab initio* considerată insuficientă de către legiuitor, care a instituit încă în proiectul noului Cod civil (formă a reglementării în care cele două instituţii coexistau) dreptul băncii de denunţare unilaterală a contractului, care nu este, deci, nici o aplicaţie particulară a instituţiei eliminate, nici avatarul acesteia.

Înţelesul sintagmei *motive temeinice care privesc beneficiarul facilităţii de credit* trebuie asociat unor cauze privind clientul şi patrimoniul său. Sunt excluse, aşadar, din sfera semantică a textului, modificările circumstanţelor pieţei financiare (cum sunt evoluţiile pe piaţa financiară care pot pune problema creşterii costului finanţărilor la care recurge banca sau pe cea a majorării profiturilor la creditele de acelaşi tip pe care le-ar putea acorda banca), dar şi împrejurările care privesc patrimoniul băncii (de pildă, dificultăţile financiare ale acesteia). Fac parte, în schimb, din sfera de aplicare a textului, schimbările în situaţia patrimonială a clientului (evoluţiile în situaţia sa financiară generală, iniţierea unor litigii judiciare sau extrajudiciare împotriva acestuia, modificări ale valorii garanţiilor accesorii creditului, creşterea gradului de îndatorare a clientului prin contractarea de noi credite, constituirea de către client în favoarea terţilor de garanţii reale sau personale, producerea de către client a unor incidente de plată etc.). Aceste situaţii, chiar dacă nu constituie încălcări culpabile ale obligaţiilor contractuale (cum sunt nerambursarea la scadenţă sau utilizarea sumelor de bani contrar destinaţiei contractuale), ar trebui să fie de natură a justifica temerea băncii că clientul va avea dificultăţi în a-şi executa obligaţia de rambursare a creditului.

Sursa problemelor privind înţelesul echivoc al sintagmei *motive temeinice care privesc beneficiarul facilităţii de credit* este preluarea selectivă a textelor din reglementarea originară (art. 1842-1845 CCI). În urma traducerii acestora, din noul Cod lipseşte însăşi premisa exercitării de către bancă a dreptului de denunţare unilaterală, prevăzută de art. 1844 CCI: *Dacă garanţia devine insuficientă, banca poate cere un supliment de garanţie sau substituirea garantului. Dacă clientul nu dă curs acestei cereri, banca poate reduce creditul proporţional cu diminuarea valorii garanţiei sau se poate retrage din contract.* Consecinţele omisiunii sunt extinderea sensului sintagmei, în noul Cod civil român, la împrejurări străine textului originar şi, consecutiv, riscul interpretărilor abuzive ale acestui text din partea băncilor.

Aplicarea instituţiei dreptului de denunţare unilaterală a contractului nu poate fi extinsă de la linia de credit la celelalte specii ale creditului bancar. Într-adevăr, creditul bancar nu va avea o reglementare generală, deci va rămâne un contract nenumit. Or, potrivit art. 1168 NCC, *contractelor nereglementate de lege li se aplică prevederile prezentului capitol* (prevederile generale referitoare la contract ca izvor de obligaţii – n.n.), *iar dacă acestea nu sunt îndestulătoare, regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult.* Deşi ar putea fi identificate similitudini între facilitatea de credit şi celelalte specii ale creditului bancar, justificarea extinderii aplicării instituţiei este condiţionată de caracterul neîndestulător al prevederilor generale referitoare la contract ca izvor de obligaţii. În absenţa verificării acestei condiţii, principiul *exceptio est strictissimae interpretationis* trebuie să prevaleze. Mai mult, extinderea aplicării instituţiei dreptului de denunţare unilaterală a contractului la celelalte specii ale creditului bancar nu se va putea realiza nici prin recursul la instituţia schimbării situaţiei patrimoniale a debitorului, utilizată în proiectul noului Cod civil, dar eliminată ulterior.

other types of bank credit, the justification underlying the extension of the application of the institution is subject to the insufficiency of the general provisions concerning the contract as a source of obligations. Absent compliance with this condition, the principle *exceptio est strictissimae interpretationis* is to be given precedence. Besides, an extended application of the institution of the right to unilaterally terminate the contract to the other types of bank credit will not also be possible by appealing to the institution of the change in the economic situation of the debtor, used in the draft of the new Civil Code, and subsequently removed.

9. Conclusions

The regulation, for the first time, of banking contracts in a codification of private law in Romania is a true gain to private law, and to banking law, in particular. Still, the regulation of the banking contracts remains the result of a transfer from another legal system, the Italian one, the drafters of the Civil Code having envisaged, at least in banking matter, the positivist ideal of a „better law", and not that of the maturation of their own concepts and ideas. The non-uniform, incomplete and inconsistent regulation, particularly in the field of the bank credit, is the consequence of an *ad literam*, mimetic and non-creative reproduction of legal texts, more specifically of a legal transfer made by a *copy-paste* technique. Surprisingly (and, at the same time, regrettably), the drafters' single intervention into the translation, by operating a number of selections and eliminations, caused additional problems, by depriving the text of the consistency it proved in the original system.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

9. Concluzii

Reglementarea, în premieră, a contractelor bancare într-o codificare a dreptului privat din România este un câştig incontestabil pentru dreptul privat, în general, şi pentru dreptul bancar, în special. Cu toate acestea, reglementarea contractelor bancare nu este altceva decât rezultatul unui transfer legal dintr-un alt sistem de drept, cel italian, redactorii noului Cod civil urmărind, cel puţin în materie bancară, idealul pozitivist al unui „drept mai bun", iar nu pe cel al maturizării propriilor concepte şi idei. Reglementarea neomogenă, incompletă şi inconsistentă, îndeosebi în ceea ce priveşte creditul bancar, este consecinţa unei preluări *ad literam*, mimetică şi necreativă a textelor legale, adică a unui transfer legal după tehnica *copy-paste*. În mod surprinzător (şi, în egală măsură, regretabil), singurul tip de intervenţie a redactorilor asupra traducerii, sub forma operării unor selecţii şi eliminări, a provocat probleme suplimentare, lipsind textul de coerenţa pe care o avea în sistemul de origine.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Criminal law reform and the economic crisis in Romania

Lecturer **Constantin DUVAC** *Ph.D*
Spiru Haret University Bucharest
Law and Public Administration School

Abstract

First, the author comments upon the reasons which gave birth to the necessity of developing a second new Penal Code; secondly, he elaborates upon several shortcomings generated by the circumstances of its work out and its substance.

Amongst the external shortcomings, the author reveals the followings: the disputable decision of drawing up a new Penal Code, while another new Code had already been enforced through Regulation no. 302/2004; the lack of a coherent criminal law policy for the substantiation of the draft of the Penal Code and, last but not least, the lack of impact research regarding the influence of the new legislation upon pending penal law suits or upon the sentenced persons who will be set free due to the more favourable criminal law applicable.

At the same time, some of the internal shortcomings are revealed as well, such as: the softening of the criminal law regime applicable to first offenders and to those committing one single crime; the lack of a comparison between the two different drafts; the lack of the final and transitory legal provisions which relate it to the specific criminal law provisions of the already in force special regulations inflicting incriminations and punishments.

Based on the close inspection of this new Penal Code, the author mentions 19 potential improving suggestions.

1. Need of drawing up a new Penal Code and the objectives of its authors

The rationale of drawing up a second[1] new Penal Code, enforced by Law no. 286/2009[2], as we can infer from its previous themes passed by Government Decision no. 1183/2008[3], is as follows:

[1] The first new Penal Code was adopted via Law no. 301/2004, published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 575 of 29 June 2004, but its coming into force was delayed, successively (E.G.O. no. 58/2005, published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 552 of 28 June 2005, E.G.O. no. 50/2006, published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 566 of 30 June 2006 and E.G.O. no. 73/2008, published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 440 of 12 June 2008), until the 01 September 2009.

[2] Published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 510 of 24 July 2009. Via this normative act, Law no. 301/2004 was abrogated – arguably as regards the rules of legal technique, before its coming into force.

[3] Published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 686 of 8 October 2008.

BUCHAREST CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Reforma penală în condițiile crizei economice din România

Lect. univ. dr. **Constantin DUVAC**
Universitatea Spiru Haret București
Facultatea de Drept și Administrație Publică

Abstract

First, the author comments upon the reasons that determined the necessity of developing a second new Penal Code: secondly, he details several shortcomings caused by the circumstances of its work out and its substance.

Amongst the outer shortcomings, the author reveals the followings: disputable decision to elaborate a new Penal Code, while another new one was already enforced through Regulation no. 302/2004; luck of a coherent penal policy meant to substantiate the project of the Penal Code and, last but not least, luck of basic impact researches regarding the influence of the new legislation on pending penal causes or upon the sentenced persons that will be released as per the necessary more favorable penal law applicable.

At the same time some of the inner shortcomings are revealed, such as: softening the penal regime applicable to first offenders and to those committing one single crime; luck of related comparison of the two different drafts; luck of the final and transitory legal provisions meant to relate it to the specific penal provisions of the already in force special regulations inflicting incriminations and penalties.

Based on this new Penal Code close inspection, the author elaborates 18 improving suggestions.

Key words: new Penal Code, penal standards, necessities, goals, shortcomings, legal suggestions.

1. Necesitatea elaborării unui nou Cod penal și obiectivele urmărite de către redactorii acestuia

Rațiunile care au stat la baza elaborării celui de-al doilea[1] nou Cod penal, adoptat prin Legea nr. 286/2009[2], așa cum se desprind din tezele prealabile ale acestuia, adoptate prin Hotărârea Guvernului nr. 1183/2008[3], sunt:

[1] Primul nou Cod penal a fost adoptat prin Legea nr. 301/2004, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 575 din 29 iunie 2004, dar intrarea sa în vigoare a fost amânată, în mod succesiv (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 58/2005, publicată în M. Of. nr. 552 din 28 iunie 2005, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/2006, publicată în M. Of. nr. 566 din 30 iunie 2006 și Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 73/2008, publicată în M. Of. nr. 440 din 12 iunie 2008), până la data de 1 septembrie 2009.

[2] Publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009. Prin acest act normativ Legea nr. 301/2004 a fost abrogată în mod discutabil din punct de vedere al regulilor de tehnică legislativă înainte de a intra în vigoare.

[3] Publicată în M. Of. nr. 686 din 8 octombrie 2008.

1. deep political, social and economic transformations which took place in the Romanian society in the almost four decades which elapsed since the adopting of the Penal Code currently in force, and particularly in the period of time after 1989;

2. a number of shortcomings existing in the current regulations underlined in practice and by the doctrine. Thus, the current sanctioning criminal law regime regulated by the Penal Code in force – subject to some frequent legal interventions on several institutions, has led to the non-uniform enforcement and interpretation of the criminal law, lacking coherence, with repercussions upon the efficiency and finality of the legal action. Moreover, the decision to draw up a new Penal Code relied also on the shortcomings of Law no. 301/2004, mentioned by the doctrine;

We need to remark that only after its republication in the Romanian Official Gazette no. 65 of 16 April 1997 and to date, the Penal Code has been amended 21 times, via different normative acts, as well as via four decisions of the Constitutional Court.

3. The need to reset the sanctioning treatment within normal limits;

4. To simplify, as much as possible, the incrimination texts, avoiding overlapping among several indictments and avoiding overlapping with the texts of the general part. Thus, in case a circumstance is set forth in the general part as a general aggravating circumstance, it need not be retaken in the content of the indictments in the special part, while the general text is to be applied.

5. In order to assure unity when regulating indictments, some offences currently set forth in special criminal laws must be included in the content of the new Penal Code; they should be the offences with a higher frequency in judicial practice (offences in the regime of road traffic, computer offences, corruption offences etc.). Thus, in the new Penal Code must be introduced all the *actions incriminated in special laws which indeed deserve a criminal law sanction* (italics mine) and in these cases, the incriminating text must be written in such a way as to organically integrate into the Code structure.

Per a contrario, we could infer that the others should be abrogated; but this is not the case, because in the new Penal Code were not included all the incriminating norms which are frequently disobeyed and which protect major social values, such as, for instance, the ones set forth in Law no. 78/2000 on preventing, discovering and sanctioning corruption acts, with subsequent amendments and supplementations or those in Law no. 143/2000 on preventing and combating illicit drug traffic and consumption, with subsequent amendments and supplementations, although this would have been the ideal situation.

It goes without saying that the introduction in the Penal Code of all existing indictments would facilitate its knowledge by its addressees, in addition to the enforcement by those who have a right to do this; but, on the other hand, it would expose the new Penal Code to the risk of some multiple amendments, due to the dynamism of the social relations disciplined by the criminal law.

But, once the new Penal Code comes into force[4], the incrimination norms set forth in special laws should be assessed so as to avoid some parallelisms; they should be amended or

[4] About this aspect, in Law no. 286/2009 it is set forth that this Code, except for the dispositions in par. 2 and 3 in the law for its enforcement, shall come into force on the date the law for its enforcement stipulates. Whithin 12 months from the date of publishing the Code in the Romanian Official Gazette, part I, the Government shall submit to Parliament for aproval the law draft for the enforcement of the Penal Code.

1. profundele transformări în plan politic, social şi economic, care au avut loc în societatea românească în cele aproape patru decenii care au trecut de la adoptarea Codului penal în vigoare, şi mai ales în perioada de după 1989;

2. o serie de neajunsuri existente în actuala reglementare evidenţiate atât de practică, cât şi de doctrină. Astfel, actualul regim sancţionator penal reglementat de Codul penal în vigoare, supus unor frecvente intervenţii legislative asupra diferitelor instituţii, a condus la o aplicare şi interpretare neunitară, lipsită de coerenţă, a legii penale, cu repercusiuni asupra eficienţei şi finalităţii actului de justiţie. De asemenea, decizia elaborării unui nou Cod penal a avut la bază şi neajunsurile Legii nr. 301/2004, semnalate de doctrină;

De menţionat, că numai după republicarea sa în Monitorul Oficial nr. 65 din 16 aprilie 1997 până în prezent Codul penal a fost modificat de 21 de ori prin diferite acte normative, precum şi prin patru decizii ale Curţii Constituţionale.

3. necesitatea reaşezării în limite normale a tratamentului sancţionator;

4. simplificarea, pe cât posibil a textelor de incriminare, evitarea suprapunerilor între diferitele incriminări şi evitarea suprapunerilor cu textele părţii generale. Astfel, în cazul în care o circumstanţă este prevăzută în partea generală ca şi circumstanţă agravantă generală, ea nu mai trebuie reluată în conţinutul incriminărilor din partea specială, urmând a se aplica textul general.

5. pentru asigurarea unităţii în reglementarea infracţiunilor este necesară includerea în conţinutul noului Cod penal a unor infracţiuni prevăzute în prezent în legi penale speciale şi care au o mai mare frecvenţă în practica judiciară (infracţiuni la regimul circulaţiei rutiere, infracţiuni informatice, infracţiuni de corupţie etc.). Astfel, în noul Codul penal trebuie introduse toate *acele fapte incriminate în legi speciale, care merită în mod real o sancţiune penală* (s.n. – *C.D.*), iar în aceste cazuri textul incriminator trebuie conceput astfel încât să se integreze organic în structura Codului.

Per a contrario s-ar putea înţelege că celelalte ar trebui abrogate, ceea ce, însă, nu este cazul pentru că în noul Cod penal nu au fost incluse toate normele de incriminare care se încalcă în mod frecvent şi protejează valori sociale importante, cum sunt, de pildă, cele prevăzute în Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, cu modificările şi completările ulterioare ori în Legea nr. 143/2000 privind prevenirea şi combaterea traficului şi consumului ilicit de droguri, cu modificările şi completările ulterioare, deşi aşa ar fi fost ideal.

Desigur că introducerea în Codul penal a tuturor incriminărilor existente ar facilita cunoaşterea sa de către destinatarii săi şi aplicarea de către cei în drept s-o facă, dar pe de altă parte ar expune noul Cod penal riscului unor multiple modificări datorită dinamismului relaţiilor sociale disciplinate de legea penală.

Nu este însă mai puţin adevărat că odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal[4] ar trebui evaluate şi normele de incriminare prevăzute în legi speciale, astfel încât pentru evitarea unor paralelisme acestea să fie modificate sau abrogate, după caz. Nu trebuie omis că în practica judiciară peste 70% din aceste texte nu se aplică, fie pentru că nu au fost încălcate,

[4] Cu privire la acest aspect, în Legea nr. 286/2009 se prevede că acest cod, cu excepţia dispoziţiilor alin. (2) şi (3) din legea de adoptare a sa, va intra în vigoare la data care va fi stabilită prin legea pentru punerea în aplicare a acestuia. În termen de 12 luni de la data publicării Codului în Monitorul Oficial. Guvernul va supune Parlamentului spre aprobare proiectul de lege pentru punerea în aplicare a Codului penal.

abrogated, as the case may be. We must not forget also that, in judicial practice, over 70% of these texts are not applied, either because they have not been breached or because they are not known by those who must enforce them and who, as such, resort to the general texts of the Penal Code (for instance, the ones regarding malversation or document counterfeiting).

That is why an encoding of all criminal law norms existing in positive law is difficult to perform and not recommendable from a practical (functional) point of view.

The new Penal Code, as its authors consider, targets the fulfilment of the following *objectives*:

1. The creation of a correct legal framework in the criminal law matter, avoiding useless overlapping in the norms in force exiting in the current Penal Code and in the special laws;

This objective is a generous one, but it has been fulfilled only to some extent, since the authors of the project propose no solution as regards incrimination norms set forth in the special laws not taken up in the Code.

This excess of incrimination predominant in the Romanian positive law has often been criticised by the doctrine[5] and it seems that it was not the best solution in crime preventing and combating, as crime has continued to increase on ongoing basis.

2. The simplification of substantial law regulations, meant to facilitate their uniform and with-celerity application during the activity of judicial bodies;

We do not know to what extent a simplification of criminal law norms was performed, since from 363 articles included in the Penal Code currently in force, we have 446 articles now, this increase is not generated by the taking up of some norms from the special laws with incriminations and punishments (for instance, the General Part of the Penal Code in force is shared in 154 articles, unlike the one in the new Penal Code where there are 187 articles).

3. Assuring the satisfaction of the exigencies generated by the fundamental principles of the criminal law stipulated by the Constitution and the pacts and treaties regarding the fundamental human rights, where Romania is a signatory;

4. The transposition into the national criminal law framework of the regulations adopted across the European Union;

5. Harmonisation of the Romanian material criminal law with the systems of the other EU member states, as a prerequisite of judicial cooperation as regards the criminal law matter based on mutual recognition and trust.

We personally are of the opinion that Law no. 302/2004 on international judicial cooperation in criminal law matter, with subsequent amendments and supplementations, assures in an appropriate manner the legal framework necessary for this cooperation which fights cross-border crime.

[5] To see Gh. Diaconescu, *Infracţiunile în legi speciale şi legi extrapenale*, Ed. Sirius, Bucharest, 1994, p. 134; Gh. Diaconescu, *Infracţiunile în legi speciale şi legi extrapenale*, Ed. All, Bucharest, 1996, p. 76, 180. The criminal law expert mentions even the idea that this meganormativism – particularly by incriminating some insignificant acts as regards their social danger, represents a legal abuse, and in some situations uselessly doubles the incriminating norms which exist in in Penal Code. For the same: A.A. Popa, *Contrafacerea obiectului unui brevet de invenţie*, in Revista română de dreptul proprietăţii intelectuale no. 3/2008, p. 133.

fie pentru că nu sunt cunoscute de cei chemaţi să le aplice şi care, în atare condiţii, apelează tot la textele generale din Codul penal (de pildă, cele referitoare la abuzurile în serviciu sau la falsurile în înscrisuri).

Din aceste considerente, o codificare a tuturor normelor penale existente în dreptul pozitiv este foarte greu de realizat şi nerecomandabilă din punct de vedere practic (funcţional).

Noul Cod penal, în opinia redactorilor acestuia, urmăreşte îndeplinirea următoarelor *obiective*:

1. crearea unui cadru legislativ coerent în materie penală, cu evitarea suprapunerilor inutile de norme în vigoare existente în actualul Cod penal şi în legile speciale;

Obiectivul este generos, dar nu a fost realizat, decât într-o mică măsură, deoarece redactorii proiectului nu au propus nicio soluţie în ceea ce priveşte normele de incriminare prevăzute în legile speciale nepreluate în Cod.

Acest exces de incriminare predominant în dreptul pozitiv român a fost deseori criticat în doctrină[5] şi se pare că nu a fost cea mai bună soluţie în prevenirea şi combaterea criminalităţii, din moment ce aceasta a continuat să crească în mod constant.

2. simplificarea reglementărilor de drept substanţial, menită să faciliteze aplicarea lor unitară şi cu celeritate în activitatea organelor judiciare;

Nu ştim în ce măsură s-a realizat o simplificare a normelor penale din moment ce de la 363 de articole, câte are Codul penal în vigoare, s-a ajuns la 446 articole, această creştere nedatorându-se neapărat preluării unor norme din legile speciale cu incriminări şi pedepse (de pildă, Partea generală a Codului penal în vigoare este împărţită în 154 articole, spre deosebire de cea a noului Cod penal unde există 187 articole).

3. asigurarea satisfacerii exigenţelor decurgând din principiile fundamentale ale dreptului penal consacrate de Constituţie şi de pactele şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte;

4. transpunerea în cadrul legislativ penal naţional a reglementărilor adoptate la nivelul Uniunii Europene;

5. armonizarea dreptului penal material român cu sistemele celorlalte state membre ale Uniunii Europene, ca o premisă a cooperării judiciare în materie penală bazată pe recunoaştere şi încredere reciprocă.

În ceea ce ne priveşte, credem că Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală, cu modificările şi completările ulterioare, asigură în mod corespunzător cadrul juridic necesar pentru această cooperare în lupta criminalităţii transfrontaliere.

[5] A se vedea: Gh. Diaconescu, *Infracţiunile în legi speciale şi legi extrapenale*, Ed. Sirius, Bucureşti, 1994, p. 134; Gh. Diaconescu, *Infracţiunile în legi speciale şi legi extrapenale*, Ed. All, Bucureşti, 1996, p. 76, 180. Regretatul penalist exprima chiar ideea că acest meganormativism, mai ales prin incriminarea unor fapte nesemnificative din punct de vedere al pericolului social, reprezintă un abuz legislativ, iar în unele situaţii dublează inutil normele de incriminare existente în Codul penal. În acelaşi sens: A.A. Popa, *Contrafacerea obiectului unui brevet de invenţie*, în Revista română de dreptul proprietăţii intelectuale nr. 3/2008, p. 133.

CU IASI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2. Shortcomings distinguished following the examination of the circumstances when the new Penal Code was drawn up and examination of its contents

Although it would have been natural that each law enforcement institution with responsibilities regarding the finding in due time and in full of the acts which are offences – including bringing to accounts the perpetrators, have a representative in the Commission set up for the drawing up of the law draft, this has not happened, though.

Besides this aspect, the rush with which this Code was drawn up is justified only by national reasons (as far as we know, the European Union has not imposed the creation of a new Penal Code or its adopting by a certain date) and this situation generated some errors, inadvertencies or lack of correlations in the drawing up of its criminal law norms.

Moreover, the decision to draw up a second new Penal Code is surprising and extremely disputable; although we have already adopted one via Law no. 301/2004, under normal circumstances, this new Penal Code should have come into force, be enforced for a certain period of time and afterwards, function of the pertinent comments of the judicial doctrine and practice, a law for its amending should have been written. But the starting point was the idea that this code is not functional *de plano* (to remark the efforts of the authors of the Code to reveal the shortcomings of Law no. 301/2004[6]). This idea was taken up by our legislator. First, the Government – via E.G.O. no. 61/2009[7] for amending and supplementing Law no. 24/2000 on legal technique norms for the drawing up of normative acts, added after par. 1 of art. 56 a new indent 1^1 stipulating the following: „after their adopting, in well-grounded situations, normative acts can be supplemented or, as the case may be, abrogated even before their coming into force". Then, via art. 446 – Coming into force – in the new Penal Code, adopted via Law no. 286/2009, Law no. 301/2004 was abrogated, although this act never came into force.

The solution chosen for the giving up of the first new penal code is unprecedented in the Romanian legal environment. This unhappy solution brings about instability as regards the second new Penal Code, since until its coming into force it could be amended by the Government - although it was voted by Parliament, if, for instance, another Government or another Parliament majority is created.

Last but not least, we must remark the *lack of a strategy (programme) of criminal law* which should have been the basis for drawing up this new Penal Code, accompanied by the lack of some *impact studies* regarding the influence of the new dispositions on the law suits which are to be solved, as well as regarding the persons already sentenced who shall benefit from the new criminal law provisions.

We have to mention that, according to the dispositions of art. 6^1 of Law no. 24/2000 on the legal technique norms for the drawing up normative acts, republished[8], with subsequent amendments and supplementations, the preliminary assessment of the *impact* supposes identifying and analysing the economic, social, environmental, legal and budgetary effects brought about by the proposed regulations, and is considered to be the right way to fundament

[6] See Annex 1 point II let. A) to the previous themes of the draft of of the Penal Code aproved by G.D. no. 1183/2008.

[7] Published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 390 of 9 June 2009.

[8] The Romanian Official Gazette, part I, no. 777 of 25 August 2004.

2. Neajunsuri care se desprind din examinarea împrejurărilor în care a fost elaborat noul Cod penal cât şi a conţinutului acestuia

Deşi ar fi fost firesc ca fiecare instituţie de aplicare a legii cu atribuţii referitoare la constatarea la timp şi în mod complet a faptelor care constituie infracţiuni şi de tragere la răspundere a celor care le-au comis să aibă un reprezentant în Comisia de elaborare a proiectului acest lucru nu s-a întâmplat.

Pe lângă acest aspect, graba cu care s-a lucrat la acest Cod justificată doar de raţiuni interne (după ştiinţa noastră Uniunea Europeană nu a impus nici crearea noului Cod penal şi nici adoptarea sa până la o anumită dată) a determinat apariţia unor erori, inadvertenţe sau necorelări în redactarea normelor penale ale acestuia.

De asemenea, este surprinzătoare şi extrem de discutabilă decizia de a se elabora un al doilea nou Cod penal, deşi noi aveam deja unul adoptat prin Legea nr. 301/2004. În mod normal, ar fi trebuit ca acest nou Cod penal să intre în vigoare, să se aplice o anumită perioadă de timp, şi apoi, în raport de observaţiile pertinente ale doctrinei şi practicii judiciare, să se elaboreze o lege de modificare a acestuia. S-a pornit însă de la premisa că acest cod nu este funcţional *de plano* (de observat străduinţa făuritorilor Codului de a releva neajunsurile Legii nr. 301/2004[6]). Această idee a fost însuşită de către legiuitorul nostru. Mai întâi, Guvernul prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 61/2009[7] pentru modificarea şi completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative a adăugat după alin. (1) al art. 56 un nou alineat (1[1]) cu următorul cuprins „după adoptarea lor, în situaţii temeinic justificate, actele normative pot fi completate sau, după caz, abrogate şi înainte de data intrării lor în vigoare". Apoi, prin art. 446 – Intrarea în vigoare – din noul Cod penal, adoptat prin Legea nr. 286/2009, Legea nr. 301/2004 a fost abrogată, deşi nu a intrat în vigoare niciodată.

Soluţia aleasă în privinţa renunţării la primul nou cod penal este inedită în peisajul juridic românesc. Această soluţie nefericită conferă instabilitate şi celui de-al doilea nou Cod penal, întrucât oricând până la intrarea sa în vigoare va putea fi modificat de către Guvern, deşi a fost votat de Parlament ori de către Parlament însuşi, dacă, de pildă, se creează un alt Guvern sau o altă majoritate parlamentară.

Nu în ultimul rând, este de observat *lipsa unei strategii (program) de politică penală* care să stea la baza elaborării acestui nou Cod penal ca şi cea a unor *studii de impact* cu privire la influenţa noilor dispoziţii asupra cauzelor în curs de soluţionare, precum şi cu privire la persoanele deja condamnate care vor beneficia de noile prevederi penale.

Menţionăm că potrivit dispoziţiilor art. (6[1]) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată[8], cu modificările şi completările ulterioare, evaluarea preliminară a *impactului* presupune identificarea şi analizarea efectelor economice, sociale, de mediu, legislative şi bugetare pe care le produc reglementările propuse, este considerată a fi modalitatea de fundamentare pentru soluţiile legislative propuse şi trebuie realizată înainte de adoptarea actelor normative, fiind astfel obligatorie.

[6] A se vedea Anexa 1 pct. II lit. A) la Tezele prealabile ale proiectului Codului penal aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 1183/2008.

[7] Publicată în M. Of. nr. 390 din 9 iunie 2009.

[8] M. Of. nr. 777 din 25 august 2004.

the proposed legal solutions; this valuation must be conducted before passing the normative acts, which thus become mandatory.

This impact survey, drawn up under art. 31[1] of Law no. 24/2000 must be submitted to Parliament together with the draft of the new Penal Code (Art. 29 in Law no. 24/2000).

The lack of an impact survey was *solved* via E.G.O. no. 61/2009 as well which, after indent 2 of art. 29 in Law no. 24/2000 introduced a new indent – indent 3, with the following wording: „as regards the law drafts for which the Government commits itself to be answerable, the motivation documents that accompany these drafts are the listing of the grounds and, as the case may be, the report set forth under art. 28".

After examining the new Penal Code, we have found a series of *shortcomings* which, in our opinion, shall negatively influence the enforcement of the criminal law and shall not result in less crime, as its authors state; they are as follows:

1. *Softening the criminal law treatment applicable to first offenders*

Firstly, we need to remark that the special punishment limits set forth for most incriminating norms are reduced significantly in the special Part of the Penal Code, at the level existing when Law no. 140/1996 came into force, although crime, particularly the one against people and patrimony, has been going up (in the first semester of 2009, the informed judicial crime registered an increase by about 25% compared to the similar period last year).

Without denying the validity of Beccaria's opinion according to whom the toughness of punishments has never been a solution to combat crime but rather the promptness of their enforcement, personally, we are of the opinion that a much more thorough examination of the abstract social danger of each action set forth in the criminal law is needed, so that the punishment stipulated by law be a rather realistic measurement of it.

Professor George Antoniu has underlined, and rightfully so, that more appropriate would have been for the legislator to take measures to ensure promptness of repression, in order to liquidate the authority void and to strengthen state bodies which are legally bound to discover and hold responsible the offenders; more efficient solutions to erect - via criminal law, a barrier in front of offenders. A real combating of the phenomenon involves, at the same time, a decided action as regards its causes (economic, social, cultural causes etc.) and the drawing up of a realistic programme of penal policy which is to be carried out with perseverance and continuity[9].

Although, in some situations, the correlation of the special punishment with protected social value is needed so that it observes their hierarchy (for example, disputably, theft, under certain legal aggravating circumstances, came to be punished in the same limits as murder), in our opinion, we are now at the other extreme and the existing socio-economic reality was ignored, just like the development of crime which, under no circumstances, could be considered similar to the one existing in November 1996. For instance, some special punishment limits are halved (robbery – aggravating variant, peculation etc.), while others are about three times lower (burglary – aggravating variant, aggravated theft, fraud – aggravating variant etc) or even four times lower (theft, fraud etc.) compared to the criminal law currently in force.

Since function of these special punishment limits, the prescription period of penal liability is calculated in several criminal law suits on the docket of judicial bodies as a consequence of

[9] See G. Antoniu, *Reforma penală la primul pas (I)*, in Revista de drept penal no. 4/1996, p. 13-14.

Acest studiu de impact, elaborat în condiţiile art. (31[1]) din Legea nr. 24/2000, trebuia să fie înaintat Parlamentului împreună cu proiectul noului Cod penal (art. 29 din Legea nr. 24/2000).

Lipsa unui studiu de impact a fost *rezolvată* tot prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 61/2009, care, după alin. (2) al art. 29 din Legea nr. 24/2000, a introdus un nou alineat, alin. (3), cu următorul cuprins: „în cazul proiectelor de legi pentru care Guvernul îşi angajează răspunderea, documentele de motivare care însoţesc aceste proiecte sunt expunerea de motive şi, după caz, raportul prevăzut la art. 28".

Din examinarea noului Cod penal se desprind mai multe *neajunsuri,* care, după părerea noastră, vor fi influenţa negativ activitatea de aplicare a legii penale şi nu vor determina reducerea infracţionalităţii aşa cum se doreşte de către redactorii acestuia:

1. *Îndulcirea tratamentului penal aplicabil infractorilor primari*

De observat, mai întâi, că se reduc semnificativ limitele speciale de pedeapsă prevăzute pentru majoritatea normelor de incriminare din Partea specială a Codului penal, la nivelul existent la intrarea în vigoare a Legii nr. 140/1996, deşi criminalitatea, îndeosebi cea îndreptată contra persoanei şi patrimoniului, este în creştere (în primul semestru al anului 2009 criminalitatea sesizată de natură judiciară înregistrează o creştere de circa 25% faţă de perioada similară a anului trecut).

Fără a nega valabilitatea tezei lui Beccaria, potrivit căreia asprimea pedepselor nu a constituit niciodată o soluţie pentru combaterea infracţiunilor, ci promptitudinea aplicării lor, credem că se impunea o evaluare mult mai profundă a pericolului social abstract al fiecărei fapte prevăzute de legea penală, astfel încât pedeapsa prevăzută de lege să fie o cuantificare cât mai realistă a acestuia.

Profesorul George Antoniu a subliniat, pe drept cuvânt, că mai corespunzător ar fi fost ca legiuitorul să ia măsuri pentru asigurarea promptitudinii represiunii, pentru lichidarea vidului de autoritate, pentru întărirea organelor de stat care au obligaţia legală să descopere şi să tragă la răspundere pe infractori; soluţii mai eficiente pentru a ridica prin mijlocirea legii penale un obstacol în calea valului infracţionist. O combatere reală a fenomenului implică, totodată, o acţiune hotărâtă asupra cauzelor acestuia (cauze economice, sociale, culturale etc.) şi elaborarea unui program de politică penală realist care să fie adus la îndeplinire cu perseverenţă şi continuitate[9].

Deşi în unele situaţii se impunea corelarea limitelor speciale de pedeapsă cu valoarea socială protejată, astfel încât să se respecte ierarhia acestora (de exemplu, în mod discutabil, furtul, în anumite împrejurări agravante legale, ajunsese să fie pedepsit în aceleaşi limite ca infracţiunea de omor), ni se pare că s-a trecut în extrema cealaltă şi că s-a ignorat realitatea socio-economică existentă, ca, de altfel, şi evoluţia criminalităţii care sub nicio formă nu se mai poate spune că este similară cu cea din noiembrie 1996. De pildă, unele limite speciale de pedeapsă se reduc la jumătate (tâlhăria – varianta agravată, delapidarea etc.), iar altele de circa trei ori (violarea de domiciliu – varianta agravată, furt calificat, înşelăciune – varianta agravată etc.) sau chiar de patru ori (furt, înşelăciune etc.) faţă de cele prevăzute de legea penală în vigoare.

Deoarece în raport de aceste limite speciale de pedeapsă se calculează termenul de prescripţie a răspunderii penale, în mai multe cauze penale aflate pe rolul organelor judiciare se

[9] A se vedea G. Antoniu, *Reforma penală la primul pas (I)*, în Revista de drept penal nr. 4/1996, p. 13-14.

applying the more favourable criminal law, as the case may be, the cessation of penal pursuit or of the penal law suit shall be disposed of.

Moreover, as an effect of enforcing the more favourable criminal law in case of final punishments, more dangerous offenders shall be set free - thus creating the prerequisite for crime to go up and for citizens' safety to go down (an assessment would be needed to establish how many convicts – and for what offences – shall be set free after the new Penal Code comes into force).

The punishment fractions set forth as a condition to be granted parole are left unchanged, a fact which shall determine the setting free before the expiry of the punishment duration applied to offenders in most situations since, actually, parole turned from a possibility (faculty) granted to the law court into a right of the convict (it would be interesting and useful to conduct a survey in this respect, in order to establish how many convicts are set free on parole).

The fine punishment as unique sanction and as an alternative to imprisonment is set forth in more situations compared to the Penal Code currently in force.

In the same line of thought, the number of offences for which the penal action starts deploying subsequent to the complaint of the injured party goes up compared to the regulations in force.

Deviating from this trend to relax penal policy to the detriment of penal repression, the authors of the draft tighten the legal regime applicable for some institutions in the general Part. And here we consider continuing offence[10], more offences[11], repetition of offences[12] and adjournment of completing punishments under surveillance where the limit of the applied punishment is reduced from 4 years – what we have currently – (art. 86[1] pen. C.) to 3 years of prison (art. 91 – where after the article number no normative act is mentioned, we consider the new Penal Code – *our note*).

[10] Continuing offence is when a person perpetrates it at several time intervals, but for the same resolution and against the *same passive subject*, actions or lack of action which presents, each, the content of the same offence.

Continuing offence is sanctioned with the punishment set forth in the law for this offence, whose maximum can be increased at most by 3 years if the sentence is prison, respectively by at most one third if the sanction is a fine.

[11] In case of a competition of offences, when only prison punishment is present, the most severe punishment is considered, *plus* an increase of up to one third of the total of the other punishments given (instead of an optional increase – not mandatory, of up to 5 years of what is currently set forth); and when a prison sentence and a fine sentence are given, the first one is applied plus the whole fine punishment (compared to its optional adding as the criminal law in force stipulates).

Moreover, when several prison sentences are given, if by adding to the longest punishment the one third increase of the total of the other prison punishments this would mean exceeding by 10 years or more the general maximum of the prison sentence, and, for at least one of the competing offences the punishment set forth by law is 20 years or more in prison, the life imprisonment can be applied.

[12] In case of repetition of an offence post-conviction, the punishment established for this new offence *is added* to the previous not-put-into-execution punishment or to the rest left, not-put-into-execution from it (mandatory arithmetic sum; currently the 2 punishments are joined together and an increase of up to 7 years of prison can be added).

In case of repetition of an offence post-after-it-was-put-into-execution, special limits of the punishment set forth by law for the new offence go up by half (according to the criminal law in force, in such a situation for the new offence, a punishment up to its special maximum can be applied; and if this is not enough, in case of a prison sentence, an increase of up to 10 years can be applied, and in case of a fine, an increase of at most two thirds of the special maxim can be applied).

va dispune ca o consecinţă a aplicării legii penale mai favorabile, după caz, încetarea urmăririi penale sau a procesului penal.

De asemenea, ca efect al aplicării legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive mai mulţi infractori periculoşi vor fi puşi în libertate creându-se astfel premisa creşterii criminalităţii şi scăderii gradului de siguranţă al cetăţeanului (ar fi fost necesară o evaluare pentru a se stabili câţi condamnaţi şi pentru ce infracţiuni vor fi puşi în libertate după intrarea în vigoare a noului Cod penal).

Fracţiile de pedeapsă prevăzute ca o condiţie de acordare a liberării condiţionate rămân neschimbate, ceea ce va determina punerea în libertate înainte de expirarea duratei pedepsei aplicate infractorilor în majoritatea situaţiilor întrucât, în fapt, liberarea condiţionată s-a transformat dintr-o posibilitate (facultate) acordată instanţei de judecată într-un drept al condamnatului (ar fi interesant şi util să se realizeze un studiu în acest sens pentru a se stabili câţi dintre condamnaţi sunt liberaţi condiţionat).

Pedeapsa amenzii atât ca sancţiune unică, cât şi ca alternativă a închisorii este prevăzută într-un număr mai mare de situaţii decât în Codul în vigoare.

La fel, numărul infracţiunilor pentru care acţiunea penală se pune în mişcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate creşte faţă de reglementarea în vigoare.

Abătându-se de la această tendinţă de relaxare a politicii penale, în defavoarea represiunii penale, redactorii proiectului înăspresc în schimb regimul juridic aplicabil în cazul unor instituţii din Partea generală. Avem în vedere infracţiunea continuată[10], concursul de infracţiuni[11], recidiva[12] şi suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, unde limita pedepsei aplicate se reduce de la 4 ani cât este în prezent [art. (86[1]) C. pen.] la 3 ani de închisoare (art. 91 – acolo unde după numărul articolului nu se indică nici un act normativ avem în vedere noul Cod penal – s.n. – *C.D.*).

[10] Infracţiunea este continuată când o persoană săvârşeşte la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiaşi rezoluţii şi împotriva *aceluiaşi subiect pasiv* (s.n. – *C.D.*), acţiuni sau inacţiuni care prezintă, fiecare în parte, conţinutul aceleiaşi infracţiuni.

Infracţiunea continuată se sancţionează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea săvârşită, al cărei maxim se poate majora cu cel mult 3 ani în cazul pedepsei închisorii, respectiv cu cel mult o treime în cazul pedepsei amenzii.

[11] În caz de concurs de infracţiuni, când s-au stabilit numai pedepse cu închisoare, se aplică pedeapsa cea mai grea, la care *se adăugă* (s.n. – *C.D.*) un spor de până la o treime din totalul celorlalte pedepse stabilite (în loc de un spor facultativ şi nu obligatoriu de până la 5 ani cât este prevăzut în prezent), iar când s-a stabilit o pedeapsă cu închisoare şi o pedeapsă cu amendă, se aplică pedeapsa închisorii, la care se adaugă în întregime pedeapsa amenzii (faţă de adăugarea facultativă a acesteia cum este stipulat în legea penală în vigoare).

De asemenea, atunci când s-au stabilit mai multe pedepse cu închisoare, dacă prin adăugare la pedeapsa cea mai mare a sporului de o treime din totalul celorlalte pedepse cu închisoare stabilite s-ar depăşi cu 10 ani sau mai mult maximul general al pedepsei închisorii, iar pentru cel puţin una dintre infracţiunile concurente pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 20 ani sau mai mare, se poate aplica pedeapsa detenţiunii pe viaţă.

[12] În cazul recidivei post condamnatorii pedeapsa stabilită pentru noua infracţiune *se adaugă* (s.n. – *C.D.*) la pedeapsa anterioară neexecutată ori la restul rămas neexecutat din aceasta (cumul aritmetic obligatoriu; în prezent cele două pedepse se contopesc şi se poate adăuga un spor de până la 7 ani închisoare).

În cazul recidivei post executorii limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru noua infracţiune se majorează cu jumătate (potrivit legii penale în vigoare, în această situaţie se poate aplica pentru noua infracţiune o pedeapsă până la maximul ei special, iar dacă aceasta este neîndestulătoare, în cazul închisorii se poate aplica un spor de până la 10 ani, iar în cazul amenzii se poate aplica un spor de cel mult două treimi din maximul special).

2. *The relation between the new regulations and the incriminations in the special laws which were not taken up in the new Penal Code is not clarified* (shall they be considered abrogated or in force, with all the misbalances which are to be born against the philosophy of the new Penal Code, translated into the special punishment limits much more reduced than the ones currently in force).

In order to normalize the legislation in force, in the process of drawing up drafts of normative acts, the express abrogation of the obsolete legal dispositions or of the provisions which contradict the regulation to be (art. 16 in Law no. 24/2000) must be contemplated.

In conformity with art. 62 par. 1 of Law no. 24/2000, the provisions in a normative act which are contradicting a new regulation of the same or of a superior level must be abrogated. This abrogation can be total or partial.

Legal technique norms impose, as a rule, the express abrogation and only as an exception implicit (tacit) abrogation.

Express abrogation must be disposed of via a distinct disposition at the end of the new Penal Code, if the code affects the previous normative dispositions, related to the latest regulation. For this abrogation, the respective normative dispositions should have been expressly determined, starting with laws and subsequently the other normative acts, by mentioning all their identification data; unfortunately, this has not been done so far.

In special cases, when at the drawing up and adopting of a new regulation (we do not think this is the case as regards the new Penal Code, due to the importance of this normative act; let us not forget that criminal law is *ultima ratio* in the stage of the state's legal intervention) the identification of all contrary norms was not possible, we could presume that it was amended, supplemented or abrogated implicitly.

Among its duties, the Legal Council has the obligation to identify all the legal dispositions which suffered implicit legal events and propose to the Parliament and, respectively, to the Government, the measures that need to be amended, supplemented or abrogated expressly.

We have to remark that implicit abrogation is not acknowledged in the case of special normative acts whose dispositions can be considered as being amended, supplemented or abrogated via the general regulation of the matter, unless this is expressly stipulated.

3. De lege ferenda proposals regarding the texts of the new Penal Code

From the very beginning, we have to mention that, about the draft of this new Penal Code, well-known authors have had many remarks and improvement proposals, extremely pertinent and useful for that matter[13]. Below, we dare formulate ourselves some proposals as regards this new Penal Code; and, as regards some others which were stated already, we shall attempt to support them with some supplementary arguments.

As such, here are the following *de lege ferenda* proposals:

[13] See G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, in Revista de drept penal no. 4/2007, p. 9-34; G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (II)*, in Revista de drept penal no. 1/2008, p. 9-34.

2. *Nu este lămurit raportul noilor reglementări cu incriminările din legile speciale care nu au fost preluate în noul Cod penal* (se vor socoti abrogate sau vor continua să fie în vigoare, cu toate dezechilibrele ce se vor naşte faţă de filozofia care a stat la baza noului Cod penal translatată în limitele speciale de pedeapsă mult mai reduse decât cele prevăzute în prezent?).

În vederea asanării legislaţiei active, în procesul de elaborare a proiectelor de acte normative se va urmări abrogarea expresă a dispoziţiilor legale căzute în desuetudine sau care înregistrează aspecte de contradictorialitate cu reglementarea preconizată (art. 16 din Legea nr. 24/2000).

Conform art. 62 alin. (1) din Legea nr. 24/2000, prevederile cuprinse într-un act normativ, contrare unei noi reglementări de acelaşi nivel sau de nivel superior, trebuie abrogate. Abrogarea poate fi totală sau parţială.

Normele de tehnică legislativă impun ca regulă abrogarea expresă şi doar ca excepţie abrogarea implicită (tacită).

Abrogarea expresă trebuia dispusă printr-o dispoziţie distinctă în finalul noului Cod penal, dacă acesta afectează dispoziţii normative anterioare, conexe cu ultima reglementare. În vederea abrogării, dispoziţiile normative vizate trebuiau determinate expres, începând cu legile şi apoi cu celelalte acte normative, prin menţionarea tuturor datelor de identificare a acestora, lucru care nu s-a realizat însă.

În cazuri deosebite, în care la elaborarea şi adoptarea unei reglementări (ceea ce nu credem că este cazul în ce priveşte noul Cod penal, datorită importanţei acestui act normativ; să nu uităm că legea penală este *ultima ratio* pe treapta intervenţiei juridice a statului) nu a fost posibilă identificarea tuturor normelor contrare, se poate prezuma că acestea au făcut obiectul modificării, completării ori abrogării lor implicite.

În cadrul atribuţiilor sale Consiliul Legislativ are obligaţia să identifice toate dispoziţiile legale care au suferit evenimentele legislative implicite şi să propună Parlamentului şi, respectiv, Guvernului măsurile necesare de modificare, completare sau abrogare expresă a acestora.

De observat, că abrogările implicite nu sunt recunoscute în cazul actelor normative speciale ale căror dispoziţii nu pot fi socotite modificate, completate sau abrogate nici prin reglementarea generală a materiei, decât dacă acest lucru este exprimat expres.

3. Propuneri de lege ferenda referitoare la textele noului Cod penal

Încă de la început facem precizarea că în legătură cu proiectul noului Cod penal deja au fost exprimate de autori de prestigiu mai multe observaţii şi propuneri de îmbunătăţire, extrem de pertinente şi de bine venite[13]. În cele ce urmează ne îngăduim să formulăm şi noi unele propuneri cu privire la noul Cod penal, iar cu privire la altele, care deja s-au spus, încercăm să le susţinem chiar şi cu alte argumente.

Ca atare, formulăm următoarele propuneri *de lege ferenda*:

[13] A se vedea: G. Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, în Revista de drept penal nr. 4/2007, p. 9-34; G. Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (II)*, în Revista de drept penal nr. 1/2008, p. 9-34.

1. Regulation at the principle level of the competition of criminal law norms or texts, in chapter II, Enforcement of the criminal law, in Title I of the General Part by adopting the Italian[14] or the Spanish model[15] – which has more nuances, adapted to the legal and social realities of our country;

Lately, we have been witnessing a trend of artificial increase of the competition of criminal law texts, which shows a flawed legal technique, susceptible to controversies and difficulties when enforcing criminal law. This fact is expressly accepted by the legislator when, in the Government Decision no. 1183/2008 on approving the previous themes of the draft of the Penal Code, it acknowledges that „currently, there are about 250 special or extra-penal laws containing criminal law dispositions, with much text overlapping, with implicit abrogation not avoiding uncertainty, with legal punishments with striking differences – despite the similar nature of the incriminated actions, which makes them difficult to enforce for judicial bodies and to not too predictable for citizens".

Experts claimed[16], and rightfully so, that the excess of competing criminal law norms prevents the smooth functioning of the legal penal system, generating confusion in judicial practice and being one of the ways of *juridical pollution* via an excess of incrimination, a phenomenon found also in the Romanian positive law. Since the Romanian criminal law does not include explicit dispositions as regards the manner of solving the text competition (like, for instance, the Italian and Spanish criminal law) the doctrine and jurisprudence have to identify the applicable criminal law when there is a plurality of criminal law dispositions which would be applied to a concrete action.

Since we deal with a plurality of norms which regulates an identical matter, the criminal law doctrine has reached the conclusion that we are faced with an apparent plurality of offences, when, in fact, only one of the norms is applicable.

The central issue the analyst has to face in case of a competition of norms is the fact that from the criteria (principles) of competing norms he has to select the applicable one. Although they regulate the same matter, among competing norms some objective differentiations could exist; for instance, a competing norm can be more recent than another one (the chronological criterion) or a competing norm has a more general content including also the particular hypothesis regulated via another norm (the specialty criterion), or a competing norm sets forth a more severe sanction than another one (the subsidiarity criterion), or a competing norm

[14] Art. 15 Italian Penal Code: „When several laws or several dispositions of the same criminal law regulate the same matter, then the law or the special law disposition applies derogating from the law or the general law disposition, if nothing else is set forth in the law". We remark that this disposition sets forth the specialty principle as the manner to solve the competition of norms, if nothing else is stipulated in the law.

[15] Art. 8 Spanish Criminal Law Code: Actions susceptible to be qualified in conformity with two or more principles in this code and not included in Art. 73-77 shall be punished observing the following rules:

1. The special principle shall apply preferably over the general one.

2. The subsidiary principle shall apply only if the main one is not present, if there is express declaration about the subsidiary character or it is tacitly deductible.

3. The more simple or complex criminal law principle shall absorb the laws that punish the previous offences.

Art. 77 Spanish Criminal Law Code: „The dispositions of the previous articles (referring to sanctioning real competition – our note) do not apply if one single action means two or more offences or when one of them is needed to perpetrate another one".

[16] See S. Popescu, *Statul de drept în dezbaterile contemporane*, Ed. Academiei Române, Bucharest, 1998, p. 150-152. For the same see A.A. Popa, *Contrafacerea obiectului unui brevet de invenție*, *cit. supra*, p. 133.

1. Reglementarea la nivel de principiu a concursului de norme penale sau de texte, în Capitolul II, Aplicarea legii penale, din Titlul I al Părţii generale prin preluarea modelului italian[14] sau a celui spaniol[15] care e mai nuanţat, adaptat la realităţile juridico-sociale de la noi;

În ultimii ani s-a manifestat o tendinţă de sporire artificială a concursului de texte penale ceea ce relevă o tehnică legislativă defectuoasă, susceptibilă de controverse şi dificultăţi în aplicarea legii penale. Acest lucru este admis expres de legiuitor atunci când în Hotărârea Guvernului nr. 1183/2008 pentru aprobarea tezelor prealabile ale proiectului Codului penal recunoaşte că „există în prezent circa 250 de legi speciale sau extrapenale conţinând dispoziţii penale, cu numeroase suprapuneri de texte, cu abrogări implicite asupra cărora planează incertitudinea, cu pedepse legale între care există diferenţe flagrante în pofida naturii similare a faptelor incriminate, ceea ce le face dificil de aplicat pentru organele judiciare şi foarte puţin previzibile pentru cetăţeni".

S-a spus[16], pe drept cuvânt, că excesul de norme penale concurente, împiedică o bună funcţionare a sistemului juridic penal, fiind generator de confuzii în practica judiciară şi constituie una din modalităţile de *poluare juridică* prin exces de incriminare, fenomen manifestat şi în dreptul pozitiv român. Întrucât legea penală română nu cuprinde dispoziţii explicite privind modul de soluţionare a concursului de texte (ca de pildă legea penală italiană şi spaniolă) a revenit doctrinei şi jurisprudenţei să identifice legea penală aplicabilă atunci când există o pluralitate de dispoziţii penale care s-ar aplica unei fapte concrete.

Fiind vorba de o pluralitate de norme reglementând o materie identică, doctrina penală a desprins concluzia că ne aflăm în faţa unei pluralităţi aparente de infracţiuni, deoarece în realitate numai una din norme devine aplicabilă.

Problema centrală cu care se confruntă interpretul în cazul concursului de norme este aceea a criteriilor (principiilor) după care se alege din normele concurente norma aplicabilă. Deşi reglementează aceeaşi materie, între normele concurente pot exista unele diferenţieri obiective; de pildă, o normă concurentă să fie mai recentă decât alta (criteriul cronologic), ori o normă concurentă să aibă un conţinut mai general cuprinzând şi ipoteza particulară reglementată printr-o altă normă (criteriul specialităţii), sau o normă concurentă să prevadă o sancţiune mai grea decât alta (criteriul subsidiarităţii), sau o normă concurentă ar putea să se afle în asemenea relaţii cu altă normă concurentă încât să devină aplicabilă etc. Asemenea

[14] Art. 15 C. pen. italian: „Când mai multe legi sau mai multe dispoziţii ale aceleiaşi legi penale reglementează aceeaşi materie, atunci legea sau dispoziţia de lege specială se aplică derogând de la legea ori dispoziţia de lege generală, dacă nu este prevăzut altfel". Observăm că această dispoziţie consacră principiul specialităţii ca mod de soluţionare a concursului de norme, dacă legea nu prevede altfel.

[15] Art. 8 C. pen. spaniol: „Faptele susceptibile de a fi calificate conform cu două sau mai multe principii din acest cod şi neincluse în art. 73-77 se vor pedepsi observând următoarele reguli:

1. Principiul special se va aplica cu preferinţă celui general.

2. Principiul subsidiar se va aplica numai în lipsa celui principal, dacă se declară expres caracterul subsidiar sau este în mod tacit deductibil.

3. Principiul penal mai amplu sau complex va absorbi legile care pedepsesc infracţiunile consumate anterior (în celălalt).

Art. 77 C. pen. spaniol: „Dispoziţiile articolelor anterioare (referitoare la sancţionarea concursului real – subl. ns.) nu se aplică în cazul în care un singur fapt constituie două sau mai multe infracţiuni sau când una din ele este necesară pentru a comite alta".

[16] A se vedea S. Popescu, *Statul de drept în dezbaterile contemporane*, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 1998, p. 150-152. În acelaşi sens: A.A. Popa, *op. cit.*, p. 133.

could have such a kind of connection with another competing norm that it becomes applicable etc. Such differentiations allow not only for individualizing the competing norm applicable, but they also contribute to underlining the entire competition.

Discipline in the competition of criminal law norms by applying the above mentioned principles means to avoid the situation in which an individual be liable twice for the same action (*non bis in idem*) according to the criminal law; therefore, it would be advisable that the Romanian law – just like other foreign laws, regulate, in the future, ways to solve the competition of norms[17].

2. Eliminate the text of art. 6 regarding the enforcement of the criminal law more favourable after the final sentence in a law suit; this is a solution belonging to the Romanian criminal law which makes our country be a far cry from the more advanced law systems of the European Union; this text justifies an unacceptable interference of the legislative power into the judicial power and is a prejudice to the principle of the intangibility of the matter under judgement;

3. Eliminate the syntagm *under the conditions of par. 2* from the content of assimilated (presumed) self-defence set forth in art. 19 par. 3; this provision fails the very fundament of introducing assimilated (presumed) self-defence, as the dispositions in art. 19 par. 2 would be cover enough; what could the beneficiary do in accordance with these dispositions: allow the aggressor to break into his/her house and be attacked before he/she could retort?; we do not think that this is the intended meaning of this regulation;

4. Eliminate the condition of unit of passive subject (irrespective whether it refers to an offence against a person or an asset, namely to the identity of asset owners) in case of a continuing offence, set forth under art. 35 par. 1; specialism literature and judicial practice in our country allow for this solution only in case of an offence against a person, with the exceptions set forth expressly. In the matter of offences against patrimony, most authors and practitioners support the opposite solution, while the case of the other offences is a matter not clarified so far. In our opinion, this solution to the real competition of offences in case of a diversity of passive subjects - natural persons, could be extended also to the offences where the natural person is protected in a secondary manner (for instance, outrage, malversation, by limiting some rights, abusive behaviour, unlawful arrest and abusive judicial inquiry, bad treatments, torture, unfair repression, bad treatments applied to natural persons under age etc.)[18].

Nevertheless, such a provision has the merit of unifying judicial practice in the matter and implicitly mitigating the major reduction effect – sometimes even unjustified, of the special punishment limits set forth for most incrimination in the special Part of the new Penal Code.

If this condition shall be maintained in the new Penal Code, the incidence sphere of the dispositions regarding continuing offence shall be limited very much, while the ones regarding the competition of offences shall be extended. Such a disposition would disagree with the trend existing in other countries i.e. to expand the incidence sphere of continuing offences to the detriment of the competition of offences[19] (see, for instance, the Italian solution[20]) and

[17] For details see C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracțiuni*, Ed. Universul Juridic, Bucharest, p. 53-203, 276.

[18] For details see C. Duvac, *Pluralitatea de subiecți pasivi în cazul infracțiunii continuate*, Dreptul nr. 7, 2009, p. 119-141.

[19] See C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracțiuni*, *cit. supra*, p. 138.

[20] Continuing offence is defined by the Italian criminal law (Art. 81 par. 2 and 3) as a violation, via more actions or a lack of action, perpetrated with the same delinquent resolution and even in different moments, of the same or of *different dispositions*.

diferenţieri nu numai că permit individualizarea normei concurente aplicabile, dar contribuie şi la sublinierea aparenţei întregului concurs.

Disciplinarea concursului de norme penale prin aplicarea principiilor menţionate fiind acela de a evita ca o persoană să răspundă penal de două ori pentru aceeaşi faptă (*non bis in idem*), ar fi de dorit ca legea română, întocmai ca şi alte legi străine, să reglementeze în viitor modurile de rezolvare a concursului de norme[17].

2. Eliminarea textului art. 6 referitor la aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei; este o soluţie proprie legii penale române care ne îndepărtează de sistemele de drept avansate din Uniunea Europeană; prin acest text se legitimează o imixtiune inacceptabilă a puterii legislative în sfera puterii judecătoreşti şi o atingere a principiului intangibilităţii lucrului judecat;

3. Eliminarea sintagmei „în condiţiile alin. (2)" din conţinutul legitimei apărări asimilate (prezumate), prevăzute în art. 19 alin. (3); această prevedere lipseşte de fundament însăşi introducerea legitimei apărări asimilate (prezumate), întrucât ar fi suficient de acoperitoare dispoziţiile din art. 19 alin. (2); ce să facă beneficiarul acestor dispoziţii, să-l lase pe agresor să pătrundă în casă şi să-i permită să şi atace pentru a putea riposta; nu credem că acesta este rostul reglementării în discuţie;

4. Eliminarea condiţiei unităţii de subiect pasiv (indiferent dacă aceasta se referă la infracţiuni contra persoanei sau contra bunurilor, adică la identitatea posesorilor de bunuri) în cazul infracţiunii continuate, prevăzută în art. 35 alin. (1);

Literatura de specialitate şi practica judiciară de la noi admit această soluţie numai în cazul infracţiunilor contra persoanei, cu excepţiile expres prevăzute de lege. În materia infracţiunilor contra patrimoniului majoritatea autorilor şi a practicienilor susţin soluţia contrară, iar în cazul celorlalte infracţiuni aceasta este o chestiune care nu a fost încă tranşată. După părerea noastră, această soluţie a concursului real de infracţiuni în cazul pluralităţii subiecţilor pasivi, persoane fizice, ar putea fi extinsă şi în cazul acelor infracţiuni la care în mod secundar este ocrotită persoana fizică (de pildă, ultrajul, abuzul în serviciu prin îngrădirea unor drepturi, purtarea abuzivă, arestarea nelegală şi cercetarea abuzivă, supunerea la rele tratamente, tortura, represiunea nedreaptă, relele tratamente aplicate minorului etc.)[18].

O atare prevedere are totuşi meritul de a unifica practica judiciară în materie şi de a atenua în mod implicit efectul reducerii însemnate şi uneori chiar nejustificată a limitelor speciale de pedeapsă prevăzute la majoritatea incriminărilor din Partea specială a noului Codului penal.

Dacă această condiţie se va menţine în noul Cod penal, sfera de incidenţă a dispoziţiilor referitoare la infracţiunea continuată se va restrânge foarte mult, urmând a fi extinse cele care privesc concursul de infracţiuni. O astfel de dispoziţie ar fi în dezacord cu tendinţa manifestată în alte ţări de a extinde sfera de incidenţă a infracţiunii continuate în dauna concursului de infracţiuni[19] (a se vedea, de pildă, soluţia italiană[20]) şi contrară însăşi raţiunii de a fi a infracţiunii continuate (temperarea rigorilor concursului de infracţiuni).

---

[17] Pentru detalii, a se vedea C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracţiuni*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, p. 53-203, 276.

[18] Pentru detalii, a se vedea C. Duvac, *Pluralitatea de subiecţi pasivi în cazul infracţiunii continuate*, Dreptul nr. 7/2009, p. 119-141.

[19] A se vedea C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracţiuni*, *op. cit.*, p. 138.

[20] Infracţiunea continuată este definită de legea penală italiană (art. 81 alin. (2) şi 3) ca o violare, prin mai multe acţiuni sau inacţiuni, săvârşite cu aceeaşi rezoluţie delictuoasă şi chiar în momente diferite, a aceleiaşi sau a *unor dispoziţii diferite* (s.n. – *C.D.*).

would be contrary to the reason of existence of continuing offences (to temper the strictness of the continuing offences).

As such, we should not omit the fact that the concept of continuing offence occurred during the period of expansion of the feudal law, as a reaction against the harshness of punishments at that time. During the life of the legal expert Prospero Farinacius (1544-1618), in criminal law and in the practice of law courts, as he himself mentioned, the rule *si tamen reiteratur tertia vice, potest pro tribus furtis, quamvis minimis, poena mortis imponi* (if nevertheless he repeats the offence three times, a death sentence can be applied, even for three very minor thefts)[21] applied.

5. To consider the ideal competition of offences as a unit of offences and to sanction it accordingly, function of the well formulated remarks in the recent doctrine in our country, in accordance with other, more advanced systems (for instance, the German law[22]), and with the proposals in the ante-draft drawn up by the team for criminal law and procedure of the Institute for Legal Research *Andrei Rădulescu* of the Romanian Academy and those in the new Penal Code[23].

Personally, we support the solution of unit of offences in such a case, since it is difficult to disregard the fact that the active subject perpetrates one single action, irrespective of the fact that, due to some circumstances, this unique action has produced more results, each having the characteristics of an offence.

Moreover, professor George Antoniu has declared, and rightfully so, that since we are talking about one single action (lack of action) and not a real diversity of offences, the penal treatment identical with that of material competition seems excessive[24], particularly considering the solution promoted by the new Penal Code, adopted by Law no. 286/2009 which tightens, generally speaking, the penal treatment applicable to the competition of offences.

---

[21] See P. Farinacius, *De inquisitione*, Lib. I, Titl. III, Qu. XXIII, nr. 4, *quoted by* I. Tanoviceanu, *Curs de drept penal*, vol. I, Atelierele Grafice „Socec & Co", Societatea Anonimă, Bucharest, 1912, p. 709. The same idea is to be found in F. Gramatica, *Principii de drept penal subiectiv*, translated from Italian by Jean Moruzi, Tipografia Ziarului Universul, Bucharest, 1934, p. 250. The author considers that the continuing offence was not known by Roman law, or the barbarian law or the canonical law, being mentioned for the first time in the Italian criminal law in Art. 79 of the Penal Code of 1889 which sets forth that „more violations of the same law dispositions even if they took place at different times with perpetration means of the same resolution, are considered as forming one single offence, but the punishment is enhanced up to from one sixth to a half".

[22] § 52 par. (1) German Criminal Law Code (unique offence) „if via one action several criminal laws are breached or the same criminal law is breached several times, only one offence is considered to have been perpetrated." In this case, the punishment shall be set in conformity with the less favourable law.

[23] For details, see G. Antoniu, *Reflecții asupra pluralității de infracțiuni*, in Revista de drept penal nr. 4/1999, p. 11; G. Antoniu, *Reforma penală și unele aspecte critice ale legislației penale în vigoare (Examen critic al unor dispoziții din Codul penal. Partea generală)* in Reforma legislației penale, by G. Antoniu i.e., Ed. Academiei Române, Bucharest, 2003, p. 124-125; C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracțiuni*, *cit. supra*, p. 110-128, 277; C. Duvac, *Concursul ideal (formal) de infracțiuni, pluralitate aparentă sau reală de infracțiuni?*, Dreptul nr. 2, 2009, p. 122-150.

[24] In the same line of thought C. Duvac, *Review* of the paper *Reforma legislației penale*, Editura Academiei Române, Bucharest, 2003, 339 p. by G. Antoniu ș.a., in Revista de drept penal, no. 1/2004, p. 159. A similar idea is mentioned by Fl. Streteanu, *Concursul de infracțiuni* (PhD thesis held in 1998 in the Law School of the Babeș-Bolyai University in Cluj Napoca coordinated by prof. dr. Matei Basarab), Ed. Lumina Lex, 1999, p. 267-268. The author is of the opinion that the system of absorption is more adequate for the sanctioning of the ideal competition, as in such a case the danger of encouraging the perpetrator of a serious offence to perpetrate other not-so-serious offences is abolished.

Ca atare, nu trebuie să omitem că noţiunea de infracţiune continuată a apărut în perioada de înflorire a dreptului feudal, ca o reacţie împotriva asprimii pedepselor din acel timp. În timpul jurisconsultului Prospero Farinacius (1544-1618), în legislaţiile penale şi în practica instanţelor judecătoreşti, după cum el însuşi ne arată, se aplica regula *si tamen reiteratur tertia vice, potest pro tribus furtis, quamvis minimis, poena mortis imponi* (dacă totuşi recidivează de trei ori, se poate pedepsi cu moartea, chiar pentru trei furturi foarte mici)[21].

5. Considerarea concursului ideal de infracţiuni ca o unitate de infracţiune şi sancţionarea ca atare a acestuia, în raport cu observaţiile judicioase formulate în doctrina recentă de la noi şi în concordanţă cu alte sisteme mai avansate (de pildă, legea germană[22]), ca, de altfel, şi cu propunerile din anteproiectul redactat de colectivul de drept şi procedură penală din cadrul Institutului de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu" al Academiei Române şi din primul nou Cod penal[23].

Personal susţinem soluţia unităţii de infracţiune într-o astfel de ipoteză deoarece este greu de trecut peste faptul că subiectul activ săvârşeşte o singură acţiune, indiferent că datorită unor împrejurări această unică acţiune a produs mai multe rezultate, fiecare prezentând trăsăturile unei infracţiuni.

De altfel, profesorul George Antoniu a susţinut, pe bună dreptate, că fiind vorba de o singură acţiune (inacţiune) şi nu de o pluralitate reală de infracţiune, tratamentul penal identic cu cel al concursului material apare excesiv[24], mai ales în raport cu soluţia promovată de noul Cod penal, adoptat prin Legea nr. 286/2009, care înăspreşte, în general, tratamentul penal aplicabil în cazul concursului de infracţiuni.

6. Introducerea obligatorie a cumulului aritmetic în cazul concursului real de infracţiuni, în toate situaţiile [numai art. 39 lit. d) permite cumulul aritmetic în situaţia în care s-a stabilit o pedeapsă cu închisoarea şi o pedeapsă cu amenda] soluţie pe care nici legea în vigoare nu

[21] A se vedea P. Farinacius, *De inquisitione*, Lib. I, Titl. III, Qu. XXIII, nr. 4, *citat* de I. Tanoviceanu, *Curs de drept penal*, vol. I, Atelierele Grafice „Socec & Co", Societatea Anonimă, Bucureşti, 1912, p. 709. Aceeaşi idee o găsim şi la F. Gramatica, *Principii de drept penal subiectiv*, tradusă din italiană de Jean Moruzi, Tipografia Ziarului Universul, Bucureşti, 1934, p. 250. Autorul considera că infracţiunea continuată n-a fost cunoscută nici de dreptul roman, nici de dreptul barbar şi nici de cel canonic, fiind consacrată, pentru prima dată, în legislaţia penală italiană în art. 79 din Codul penal de la 1889 care prevedea că „mai multe violări ale aceleiaşi dispoziţiuni de lege chiar dacă au avut loc în epoci diferite, cu mijloacele de execuţie ale aceleiaşi rezoluţii, sunt considerate ca formând o singură infracţiune, însă pedeapsa este mărită până de la o şesime la jumătate".

[22] Sec. 52 alin. (1) C. pen. german (infracţiunea unică) „dacă printr-o acţiune se încalcă mai multe legi penale sau se încalcă aceeaşi lege penală de mai multe ori, se consideră că s-a comis doar o infracţiune." În acest caz se va stabili pedeapsa conform legii celei mai puţin favorabile.

[23] Pentru detalii, a se vedea: G. Antoniu, *Reflecţii asupra pluralităţii de infracţiuni*, în Revista de drept penal nr. 4/1999, p. 11; G. Antoniu, *Reforma penală şi unele aspecte critice ale legislaţiei penale în vigoare (Examen critic al unor dispoziţii din Codul penal. Partea generală)* în Reforma legislaţiei penale de G. Antoniu ş.a., Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2003, p. 124-125; C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracţiuni, cit. supra*, p. 110-128, 277; C. Duvac, *Concursul ideal (formal) de infracţiuni, pluralitate aparentă sau reală de infracţiuni?*, în revista Dreptul nr. 2, 2009, p. 122-150.

[24] În acelaşi sens: C. Duvac, *Recenzie* la lucrarea *Reforma legislaţiei penale*, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2003, p. 339, de G. Antoniu ş.a., în Revista de drept penal nr. 1/2004, p. 159. O idee asemănătoare este exprimată şi de Fl. Streteanu, *Concursul de infracţiuni* (teză de doctorat susţinută în 1998 în cadrul Facultăţii de Drept a Universităţii „Babeş-Bolyai" din Cluj Napoca sub coordonarea prof. univ. dr. Matei Basarab), Ed. Lumina Lex, 1999, p. 267-268. Autorul consideră că sistemul absorbţiunii este mai adecvat pentru sancţionarea concursului ideal, căci în această ipoteză este înlăturat pericolul încurajării infractorului care a comis o faptă gravă în săvârşirea altor infracţiuni de mai mică gravitate.

6. The mandatory introduction of the arithmetic sum in case of a real competition of offences, in all cases (only art. 39 let. d permits the arithmetic sum when a prison sentence and a fine sentence were established), a solution which not even the law in force excludes[25]; we must remark that this sanctioning system is introduced in case of repeated, post-conviction offences – art. 43 par. 2;

7. In the same line of thought, since the effect of extenuating circumstances is produced in a mandatory manner, it would seem natural to us that the effect of aggravating circumstances be produced also in a mandatory and not in an optional manner – art. 78;

8. Tighten the conditions of parole in case of a prison sentence – art. 100; the draft maintains the solution of the law in force, but it does not consider the fact that the punishments applied by law courts against the provisions in the draft shall be much smaller;

Moreover, we are rather reserved as regards the solution chosen to establish unique fractions both for those convicted for premeditated actions as well as for those convicted for serious offences, although it goes without saying that the latter must be given this possibility under more permissive conditions (easier).

9. Art. 154 par. 3 in the new Penal Code[26] should be reformulated as follows „In case of progressive offences, the prescription period of enforcing the punishment starts on the date when it produces its more serious result"; thus, we could avoid the deployment of the prescription period of penal liability in parallel with the development and progressive aggravation of the action's consequences[27];

10. As regards the offences against persons, a distinct chapter should be introduced regarding offences against dignity: insult, calumny and conformity to veracity, which are currently also incriminated; art. 205, 206 and 207 P. C. was abrogated via art. 1 point 56 of Law no. 278/2006 for the amending of the Penal Code, as well as for amending and supplementing other laws[28].

Via Decision no. 62/2007[29], the Constitutional Court admitted the exception of non-constitutionality and found that the *dispositions of art. 1 point 56 in Law no. 278/2006*, the part regarding art. 205, 206 and 207 pen. C. *are non-constitutional*, stating that from the normative dispositions quoted, they consider that there is no incompatibility between the principle of freedom of speech and the incrimination of insult and calumny – which should impose the disincrimination of these offences. Consequently, in our opinion, the texts of art. 205, 206 and 207 P. C. Have been *reactivated* following decision no. 62/2007 of the Constitutional Court.

As regards this decision, its effect was said not to be conditional upon the subsequent behaviour of the legislative body. Therefore, the decision produces its effect irrespective of the subsequent refusal of the legislative body to act[30].

---

[25] According to Art. 34 par. 2 pen. C.: „By enforcing the dispositions of the previous paragraph, the total of punishments inflicted by the court for competing offences cannot be exceeded"

[26] „In case of progressive offences, the prescription delay of the criminal law responsibility starts its validity on the date of the action or non-action and is calculated function of the punishment corresponding to the final result".

To remark that the authors of the draft adopt in this controversial matter an eclectic solution.

[27] For details, see C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracțiuni, cit. supra*, p. 243-248.

[28] Published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 601 of 12 August 2006.

[29] Published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 104 of 12 February 2007.

[30] See G. Antoniu, *nota redacției* in the article *Efectele constatării neconstituționalității unor dispoziții legale*, by D. Ciuncan, V. Luncean, published in the Revista de drept penal no. 4/2007, p. 178.

o exclude[25]; de observat că acest sistem de sancţionare este introdus în cazul recidivei post condamnatorii – art. 43 alin. (2);

7. Pentru identitate de raţiune din moment ce efectul circumstanţelor atenuante se produce în mod obligatoriu ni s-ar părea firesc că şi efectul circumstanţelor agravante trebuie să se producă tot obligatoriu şi nu facultativ – art. 78;

8. Înăsprirea condiţiilor liberării condiţionate în cazul pedepsei închisorii – art. 100; proiectul menţine soluţia legii în vigoare, dar nu ţine seama de faptul că pedepsele aplicate de instanţele de judecată în raport cu prevederile din proiect vor fi mult mai mici;

De asemenea, avem rezerve faţă de soluţia aleasă de a fixa fracţii unice atât pentru cei condamnaţi pentru fapte intenţionate, cât şi pentru cei condamnaţi pentru fapte din culpă, deşi este de la sine înţeles că celor din urmă ar trebui să li acorde această posibilitate în condiţii mai permisive (uşoare).

9. Art. 154 alin. (3) din noul Cod penal[26] ar trebui reformulat în sensul că „În cazul infracţiunilor progresive, termenul de prescripţie a aplicării pedepsei începe să curgă de la data producerii rezultatului mai grav"; în acest mod s-ar evita curgerea termenului de prescripţie a răspunderii penale paralel cu evoluţia şi agravarea progresivă a urmărilor faptei[27];

10. În cadrul infracţiunilor contra persoanei ar trebui introdus un capitol distinct referitor la infracţiunile contra demnităţii: insulta, calomnia şi proba veritătii, acestea fiind şi în prezent incriminate; art. 205, 206 şi 207 C. pen. au fost abrogate prin art. I pct. 56 din Legea nr. 278/2006 pentru modificarea Codului penal, precum şi pentru modificarea şi completarea altor legi[28].

Prin Decizia nr. 62/2007[29], Curtea Constituţională a admis excepţia de neconstituţionalitate şi a constatat că *dispoziţiile art. I pct. 56 din Legea nr. 278/2006*, partea referitoare la art. 205, 206 şi 207 C. pen. *sunt neconstituţionale*, statuând că din dispoziţiile normative citate rezultă că nu există nicio incompatibilitate între principiul libertăţii de exprimare şi incriminarea insultei şi calomniei, care să impună dezincriminarea acestor infracţiuni. În consecinţă, după părerea noastră, textele art. 205, 206 şi 207 C. pen. au fost *reactivate* ca urmare a deciziei nr. 62/2007 a Curţii Constituţionale.

Cu privire la această decizie, s-a spus că efectul său n-ar putea fi condiţionat de comportarea ulterioară a organului legislativ. Prin urmare, decizia îşi produce efectul indiferent de refuzul ulterior al organului legislativ de a acţiona[30].

---

[25] Potrivit art. 34 alin. (2) C. pen.: „Prin aplicarea dispoziţiilor din alineatul precedent nu se poate depăşi totalul pedepselor stabilite de instanţă pentru infracţiunile concurente".

[26] „În cazul infracţiunilor progresive, termenul de prescripţie a răspunderii penale începe să curgă de la data săvârşirii acţiunii sau inacţiunii şi se calculează în raport cu pedeapsa corespunzătoare rezultatului definitiv produs".
De observat că redactorii proiectului adoptă în această chestiune controversată o soluţie eclectică.

[27] Pentru detalii, a se vedea C. Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracţiuni*, *cit. supra*, p. 243-248.

[28] Publicată în M. Of. nr. 601 din 12 august 2006.

[29] Publicată în M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007.

[30] A se vedea G. Antoniu, nota redacţiei la articolul *Efectele constatării neconstituţionalităţii unor dispoziţii legale*, realizat de D. Ciuncan, V. Luncean, publicat în Revista de drept penal nr. 4/2007, p. 178.

11. The reintroduction in the content of outrage – set forth in art. 257, of insult and calumny as normative ways of an action typically complex, a solution requested by the recent Romanian doctrine[31]; it is a solution in agreement with the constitutional dispositions[32]; thus, we could avoid a certain inequity, maybe even discrimination, against the civil clerk who is sanctioned, in conformity with art. 296, only for *using words offensive for a person*;

12. The replacement of the term *perpetrator* from the content of the *offence to favour the perpetrator*, set forth under art. 269, with that of *offender* and changing accordingly the marginal denomination, being difficult to admit the penal sanctioning of a person who helps another person and whom we can find that (under the conditions of art. 15 in the draft of the penal procedure Code – Cases which prevent the start and exercising of the penal action[33]) he/she committed no offence, but nevertheless he/she perpetrated an action stipulated by criminal law.

13. The introduction as passive subject of the penal inquiry bodies in case of the offence of judicial outrage, set forth in art. 279; the penal inquiry bodies are part of the judicial bodies which enforce penal justice; as such, we propose the replacement of the term *public prosecutor* with the wording *body of penal inquiry*;

14. The simplification of the text in the case of an offence of abusive inquiry – art. 280, by replacing the wording *body of penal inquiry, a public prosecutor* with the wording *body of penal inquiry*;

15. For the correlation with the punishments set forth in case of other *praeter-intended* offences which had as consequence the death of the victim, we propose that in case of torture with such a consequence, the limits of the prison sentence be between 7 and 15 years instead of 15 to 25 years of imprisonment – art. 282; thus, we could make a distinction from the murder where death happened following the premeditated killing of the victim;

16. The reformulation of the marginal name of art. 288 *non-execution of penal sanctions* to *non-execution of criminal law sanctions* as the text considers also the non-execution of other sanctions besides punishments (penal sanctions);

17. The correlation of the text of art. 342 regarding the breaching of the regime of weapons and ammunition with the text of art. 179 (Weapons) and with Directive no 2008/51/CE of 21 May 2008 to amend Directive no 91/477/CEE of the Council on the control of purchasing and

[31] See C. Duvac, *Ultrajul* in *Drept penal. Partea specială*. Noul Cod penal, by Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, academic textbook, vol. I, Ed. Fundației România de Mâine, Bucharest, 2006, p. 515; M. Făgăraș, *Ultrajul săvârșit prin insultă sau calomnie*, in Revista de drept penal no. 3/2006, p. 123–128; C. Dobre, *Ultraj și purtare abuzivă. Considerații critice*, in Revista de drept penal no. 1/2007, p. 118-119; M. Făgăraș, *Din nou despre infracțiunea de ultraj săvârșită prin insultă sau calomnie*, in Revista de drept penal no. 3/2007, p. 132-134.

[32] Constitutional Court, Dec. no. 26 of 23 February 1999, published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 136/1999. The Constitutional Court stated that the dispositions of Art. 239 par. (1) P.C. does not contravene the provisions of Art. 20 in the Constitution referring to Art. 19 in the Universal Declaration of Human Rights, under Art. 10 in the Convention on the protection of human rights and fundamental freedoms and under Art. 19 in the International Pact of Civil and Political Rights, all on the freedom of opinion and expression. The criminal law protection provided to the authority, in this line of thought, represents a guarantee of exercising the duties it has and not a privilege, and its legitimacy derives from the existence of the authority. As such, the legal treatment enforced differently function of different conditions is justified and admissible out of the need that equality before law does not create privileged or discriminatory situations.

[33] We consider the draft variant submitted by the Government to be debated and passed by the Parliament of Romania on 18 December 2008, a variant currently withdrawn by the executive power and which is to be finalized.

11. Reintroducerea în conținutul ultrajului, prevăzut în art. 257, a insultei şi calomniei ca modalităţi normative ale faptei tipice complexe, soluţie cerută de doctrina română recentă[31]; este o soluţie în acord cu dispoziţiile constituţionale[32]; în acest mod s-ar evita şi o anumită inechitate, poate chiar discriminare, faţă de funcţionar, care este sancţionat, conform art. 296, şi numai pentru *întrebuinţarea de expresii jignitoare faţă de o persoană*;

12. Înlocuirea termenului „făptuitorului" din conţinutul infracţiunii de favorizarea făptuitorului, prevăzută în art. 269, cu cel de „infractorului" şi modificarea corespunzătoare a denumirii marginale, fiind greu de admis sancţionarea penală a unei persoane care ajută pe o alta cu privire la care se poate constata (în condiţiile art. 15 din proiectul Codului de procedură penală – Cazuri care împiedică punerea în mişcare şi exercitarea acţiunii penale[33]) că nu a săvârşit nicio infracţiune, ci doar o faptă prevăzută de legea penală.

13. Introducerea ca subiect pasiv a organelor de cercetare penală în cazul infracţiunii de ultraj judiciar, prevăzută în art. 279; organele de cercetare penală fac parte din organele judiciare care concură la înfăptuirea justiţiei penale; ca atare, propunem înlocuirea termenului de „procuror" cu expresia „organ de urmărire penală";

14. Simplificarea textului la infracţiunea de cercetare abuzivă, art. 280, prin înlocuirea expresiei „organ de cercetare penală, un procuror" cu cea de „organ de urmărire penală";

15. Pentru corelarea cu pedepsele prevăzute în cazul celorlalte infracţiuni praeterintenţionate care au avut ca urmare moartea victimei, propunem ca şi în cazul torturii care a avut o astfel de urmare limitele pedepsei închisorii să fie între 7 şi 15 ani în loc de 15 la 25 ani – art. 282; în acest fel s-ar face o distincţie faţă de omor, unde moartea se produce ca urmare a uciderii intenţionate a victimei;

16. Reformularea denumirii marginale a art. 288 „neexecutarea sancţiunilor penale" în „neexecutarea sancţiunilor de drept penal" întrucât textul are în vedere şi neexecutarea altor sancţiuni decât pedepsele (sancţiunile penale);

17. Corelarea textului art. 342 referitor la nerespectarea regimului armelor şi muniţiilor cu textul art. 179 (Arme) şi cu Directiva nr. 2008/51/CE din 21 mai 2008 de modificare a Directivei nr. 91/477/CEE a Consiliului privind controlul achiziţionării şi al deţinerii de arme care nu face nicio distincţie între arme letale şi neletale; ca atare, propunem renunţarea la termenul „letale" şi la cel de „neletale" din conţinutul acestei norme de incriminare şi preluarea textului art. 279 C. pen. în vigoare;

---

[31] A se vedea: C. Duvac, *Ultrajul* în „Drept penal. Partea specială. Noul Cod penal", de Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, curs universitar, vol. I, Ed. Fundaţiei România de Mâine, Bucureşti, 2006, p. 515; M. Făgăraş, *Ultrajul săvârşit prin insultă sau calomnie*, în Revista de drept penal nr. 3/2006, p. 123–128; C. Dobre, *Ultraj şi purtare abuzivă. Consideraţii critice*, în Revista de drept penal nr. 1/2007, p. 118-119; M. Făgăraş, *Din nou despre infracţiunea de ultraj săvârşită prin insultă sau calomnie*, în Revista de drept penal nr. 3/2007, p. 132-134.

[32] Curtea Constituţională, decizia nr. 26 din 23 februarie 1999, publicată în M. Of. nr. 136/1999. Curtea Constituţională a statuat că dispoziţiile art. 239 alin. (1) C. pen. nu contravin prevederilor art. 20 din Constituţie cu referire la art. 19 din Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, la art. 10 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale şi la art. 19 din Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice, toate privitoare la libertatea de opinie şi de exprimare. Protecţia penală asigurată autorităţii, în această concepţie, reprezintă o garanţie a exercitării atribuţiilor ce îi revin şi nicidecum un privilegiu, iar legitimitatea sa derivă din însăşi legitimitatea existenţei autorităţii. Prin urmare, tratamentul juridic diferit aplicat în raport cu condiţii diferite este justificat şi admisibil, tocmai din necesitatea ca egalitatea în faţa legii să nu creeze stări privilegiate sau discriminatorii.

[33] Avem în vedere varianta de proiect înaintată de Guvern spre dezbatere şi adoptare Parlamentului României, la data de 18 decembrie 2008, variantă în prezent retrasă de puterea executivă şi aflată în curs de definitivare.

holding weapons, that makes no distinction between lethal and non-lethal weapons; therefore, we propose to give up the term *lethal* and *non-lethal* from the content of this incriminating norm and take up the text of art. 279 from the pen. C. in force;

18. We consider that, in the new penal Code, we should also introduce the offence of high treason (incrimination *ex novo*) mentioned in art. 96 in the Constitution of Romania, republished – Indictment or, if this means a plurality of offences, the introduction in Title X – Meaning of some terms or phrases in the criminal law of the general Part of the new penal Code, of an explanatory contextual norm which would list these categories of incriminations or other serious offences;

19. To ponder whether we need to introduce as a distinct group in Title VII – Offences against public safety – maybe in a last chapter, the traffic offences and drug consumption, currently set forth in Law no. 143/2000.

In essence, these would be the amendments which, in our opinion, would contribute, next to the ones already formulated in the specialised literature[34], to improving both criminal law norms in the general Part, as well as the norms in the special Part of the second new penal Code.

English version by Flavia Toader, PhD

[34] See G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I), citat supra*, p. 9–34; G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (II), citat supra*, p. 9–34.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

18. Ni se pare că ar trebui introdusă în noul Cod penal şi infracţiunea de înaltă trădare (incriminare *ex novo*) la care face referire art. 96 din Constituţia României, republicată – Punerea sub acuzare sau, dacă prin aceasta se înţelege un grup de infracţiuni, introducerea în Titlul X – Înţelesul unor termeni sau expresii în legea penală a Părţii generale a noului Cod penal a unei norme contextuale explicative care să enumere aceste categorii de incriminări sau alte fapte grave;

19. Ar fi de reflectat dacă nu cumva se impune şi introducerea ca un grup distinct în cadrul Titlului VII – Infracţiuni contra siguranţei publice – eventual într-un ultim capitol, a infracţiunilor de trafic şi consum de droguri, prevăzute în prezent în Legea nr. 143/2000.

Acestea ar fi în esenţă modificările care, în viziunea noastră, ar contribui, alături de cele formulate deja în literatura de specialitate[34], la îmbunătăţirea atât a normelor penale din Partea generală, cât şi a celor din Partea specială a celui de al doilea nou Cod penal.

[34] A se vedea: G. Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, *citat supra*, p. 9-34; *Ibidem.*

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

General considerations for bank guarantee

Associate Professor **Carmen MLADEN**
Judge Court of Appeal Craiova

MOTTO:
If you want to know value of money, trying to get a loan.
Creditors have better memory than debtors
Benjamin Franklin

Financial and banking crisis began in 2008 II quarter and spread rapidly in the third quarter century in Western Europe, then in the fourth quarter century in Central and Eastern Europe and even in distant Asia[1]. Worldwide found that the main modes of manifestation of the crisis are: lack of liquidity in the financial market and banking, and sharp fall in shares on stock market values. In order to avoid the risk of loss amounts advanced as credit in international practice: *using* specific methods to ensure recovery of these amounts. Credit default risk may be covered by:

- Specific arrangements for export credit guarantee, such as bank guarantee, financial guarantee and credit insurance;
- Ways to ensure regular payment, such as: letter of guarantee, guarantee insurance, commercial letter of credit, debt securities accepted avalizate, mortgage, pledge, deposit banking, reservation of ownership, etc.

In this context, consider that an important role in international trade in general and in banking, in particular, they have bank guarantees.

In the category of personal bank guarantees made by the bank to guarantee fulfillment of an obligation are both independent bank guarantees and bank guarantees or security accessories.

Between the two types of bank guarantees are fundamental differences that justify treating them separately, as distinct legal institutions[2], what we do as general work.

[1] The first economic crisis of the eighteenth century were in 1630 - the Dutch tulip bulbs (bulbs price has risen sharply – the equivalent of 20,000 U.S. dollars today – until no one was against them and, in the absence of buyers *producers* were left with merchandise, and speculators were ruined) and 1721 – the South Sea company's bankruptcy, the crisis that even the famous scientist Sir Isaac Newton lost her life savings (...) then the eighteenth century century, nineteenth and twentieth century were *grinding*, shaken by several financial and economic crisis, in which people have not learned too much to not be affected today by a new potential crisis, which was in sight. Today, ordinary people and specialists have the same behavior, marked by the presence of excesses that give *salt and pepper* of each crisis. It is widely recognized that the *synthesis* of each crisis is written to view: years of speculative excess, financial innovation out of control, massive overstatement of loans, marked by gild sacra fames.

[2] The most important element of differentiation relates to the relationship between the contract of guarantee and the main contract.

CONSTANTIN BRANCUSI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Considerații generale privind garanția bancară

Conf. univ. dr. **Carmen MLADEN**
Judecător Curtea de Apel Craiova

MOTTO:

„Dacă vrei să afli valoarea banilor, încearcă să te împrumuți.
Creditorii au memorie mai bună decât datornicii"
Benjamin Franklin

Criza financiară şi bancară din 2008 a început în trimestrul al II-lea şi s-a întins cu repeziciune în trimestrul al III-lea în vestul Europei, apoi în trimestrul al IV-lea în centrul şi estul Europei şi chiar în îndepărtata Asie[1]. Pe tot globul s-a constatat că principalele moduri de manifestare ale crizei sunt: lipsa lichidităților de pe piața financiară şi bancară, precum şi scăderea importantă a valorilor acțiunilor pe piața bursieră.

În vederea evitării riscului pierderii sumelor avansate sub formă de credit, în practica internațională se utilizează modalități specifice de asigurare a recuperării acestor sume.

Riscurile de nerambursare a creditelor pot fi acoperite prin :

- *Modalități specifice de garantare a creditelor de export*, cum ar fi: garanția bancară, garanția financiară şi asigurarea creditelor;
- *Modalități obişnuite de garantare a unei plăți,* cum ar fi: scrisoarea de garanție bancară, garanția societăților de asigurare, scrisoarea de credit comercială, titlurile de credit acceptate şi avalizate, ipoteca, gajul, depozitul bancar, rezervarea dreptului de proprietate etc.

În acest context, apreciem că un rol important în comerțul internațional, în general, şi în domeniul financiar-bancar, în special, îl au garanțiile bancare.

Din categoria garanțiilor bancare personale, asumate de bancă pentru garantarea executării unei obligații, fac parte atât garanțiile bancare autonome, cât şi garanțiile accesorii sau cauțiunea bancară.

Între cele două tipuri de garanții bancare există deosebiri fundamentale care justifică tratarea lor în mod separat, ca instituții juridice distincte[2], ceea ce vom face cu titlu general în lucrarea de față.

---

[1] Primele crize economice ale secolului al XVII-lea au fost cele din 1630 – a bulbilor de lalea olandeză (prețul bulbilor a crescut foarte mult – la echivalentul a 20.000 de dolari azi – până când nimeni nu a mai făcut față acestora şi, în lipsa cumpărătorilor, *producătorii* au rămas cu marfa, iar speculatorii au fost ruinați) şi din 1721 – a falimentului companiei South Sea, criza în care chiar celebrul savant Sir Isaac Newton şi-a pierdut economiile de-o viață (...) Apoi, secolele al XVIII-lea, al XIX-lea şi al XX-lea au fost *măcinate*, zguduite de mai multe crize financiare şi economice, din care oamenii nu au învățat prea multe pentru a nu mai fi afectați în zilele noastre de o nouă criză potențială, aflată la orizont. Azi, oamenii obişnuiți şi specialiştii au acelaşi comportament, marcat de prezența unor excese, care dau *sarea şi piperul* fiecărei crize. Este unanim recunoscut faptul că pe *sinteza* fiecărei crize stă scris la vedere: ani de exces speculativ, inovație financiară scăpată de sub control, supraevaluări masive ale creditelor, marcate de *auri sacra fames*.

[2] Cel mai important element de diferențiere se referă la raportul dintre contractul de garanție bancară şi contractul principal.

Not least to mention the fact that Romanian law none of the two types of bank guarantees not enjoy a special legal regulation[3].

1. The contract of bank deposit

The contract of bank security is that ancillary agreement, under which a bank undertakes to the creditor (collateral taker), to perform the obligation of the debtor if no one meets at maturity.

Bank security should not be confused with:

- bank guarantee, for if the latter bank does not assume a commitment enhancement payment instead of the debtor, but assumes a commitment distinct from that of the person guaranteed;
- letter of intent which may be more complex, including obligations to do, not even the result.

Bank security was regarded as a loan by signing[4] and widely practiced due to security you procure the loan.

Where to show what are essentially legal character of bank security, when we consider the following characters: consensual[5], enhancement[6] and unilaterally[7].

Parties to the bank security agreement are: any natural or legal person credit in relation to basic legal[8] (collateral taker) and the bank that holds the obligation to guarantee.

Debtor security is a credit institution, as defined by Government Emergency Ordinance no. 99/2006. If, as debtor lies an entity other than a credit institution, we will be in civil or commercial presence fidejusiunii and not the bank security, because security is given the name of the debtor bank institution itself.

There will be a qualified bank security, personal security for bank formed as a result of credit reports or other, so when the bank is the beneficiary of that guarantee security and not debtor.

It is important to note that the debtor of the legal relationship is fundamentally perfect third of bank security, remain bound directly to the lender, but in the main contract and not under the security.

[3] Analysis of bank guarantees autonomous, creative banking practice, will be under the principle of freedom of contract and bank guarantees in international trade will be presented in terms of uniform rules developed by international organizations in this field.

[4] V. Pătulea, C. Turianu, *Guarantees the performance of commercial obligations*, Scripta Publishing House, Bucharest, 1994, p. 60.

[5] Consensual nature of bank security is that it will freely expressed consent of the parties is necessary and sufficient for the valid conclusion of contract. In practice the parties care to contract in written form to facilitate proof of legal relations, although this form is required ad validity.

[6] Dependence consists of a main legal guarantee you, called the fundamental legal relationship.

[7] Unilateral nature of bank security is that it binds not only the responsibility of the guarantor bank. The fact that, after making payment, bank guarantee guaranteeing exercise recourse against the customer, not unilaterally change the nature of security concerns because it exclusively, beneficial relationships with security.

[8] Experience shows that the recipient is often a company.

Nu în ultimul rând, trebuie să menţionăm faptul că în dreptul român niciuna din cele două categorii de garanţii bancare nu beneficiază de o reglementare legală specială[3].

1. Contractul de cauţiune bancară

Contractul de cauţiune bancară este acel contract accesoriu, în temeiul căruia o bancă se angajează faţă de creditor (beneficiarul garanţiei), de a executa obligaţia debitorului dacă acesta nu o îndeplineşte la scadenţă.

Cauţiunea bancară nu se confundă cu:

- garanţia bancară, căci în cazul acesteia din urmă banca nu-şi asumă un angajament accesoriu de plată în locul debitorului, ci îşi asumă un angajament distinct de cel al persoanei garantate;
- scrisoarea de intenţii care poate fi mai complexă, cuprinzând obligaţii de a face, a nu face şi chiar de rezultat.

Cauţiunea bancară a fost calificată ca fiind un credit prin semnătură[4] şi se practică pe scară largă datorită securităţii pe care îl procură creditului.

Dacă este să arătam care sunt în esenţă caracterele juridice ale cauţiunii bancare, atunci avem în vedere următoarele caractere: consensual[5], accesoriu[6] şi unilateral[7].

Părţile din contractul de cauţiune bancară sunt: orice persoană fizică sau juridică creditoare în raportul juridic fundamental[8] (beneficiarul garanţiei) şi banca care este titulară a obligaţiei de garanţie.

Debitorul cauţiunii este o instituţie de credit, astfel cum sunt definite de Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006. Dacă, în calitate de debitor stă o altă entitate decât o instituţie de credit, atunci vom fi în prezenţa fidejusiunii civile sau comerciale şi nu a cauţiunii bancare, deoarece denumirea cauţiunii este dată de însăşi instituţia bancară debitoare.

Nu va fi calificată cauţiune bancară, garanţia personală constituită în favoarea băncii ca efect al raporturilor de creditare sau de altă natură, deci, când banca este beneficiara cauţiunii şi nu debitoarea acestei garanţii.

Este important de reţinut că debitorul din raportul juridic fundamental este terţ desăvârşit al cauţiunii bancare, rămânând obligat direct faţă de creditor, dar în baza contractului principal şi nu în temeiul cauţiunii.

---

[3] Analiza garanţiilor bancare autonome, creaţie a practicii bancare, se va face în temeiul principiului libertăţii contractuale iar garanţiile bancare în comerţul internaţional vor fi prezentate prin prisma regulilor uniforme elaborate de organizaţiile internaţionale în această materie.

[4] V. Pătulea, C. Turianu, *Garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale*, Ed. Scripta, Bucureşti, 1994, p. 60.

[5] *Caracterul consensual* al cauţiunii bancare constă în aceea că acordul de voinţă liber exprimat al părţilor este necesar şi suficient pentru încheierea valabilă a contractului. În practică părţile se îngrijesc să încheie contractul în forma scrisă pentru a facilita proba raporturilor juridice, fără însă ca această formă să fie necesară *ad validitatem*.

[6] Constă în dependenţa de un raport juridic principal pe care îl garantează, denumit şi raport juridic fundamental.

[7] *Caracterul unilateral* al cauţiunii bancare constă în aceea că ea nu creează obligaţii doar în sarcina băncii garante. Faptul că, după ce a făcut plata, banca garantă exercită regresul împotriva clientului garantat, nu schimbă caracterul unilateral al cauţiunii pentru că acesta priveşte, exclusiv, raporturile cu beneficiarul garanţiei.

[8] Practica demonstrează că, beneficiarul este de cele mai multe ori o societate comercială.

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

The contract of bank deposit shall be cash benefit that guarantees a bank creditor, regardless of the nature of specific benefits Main duties.

Regarding duration of the bond bank[9], show that it can be concluded[10] for an indefinite period or time.

Bank security can be classified in different ways.

Thus, subject to fundamental obligation secured bank securities are classified as: search for performing an export/import, security for the transfer rate, security for term payment of goods, security for participation in tenders, etc.

The report heading guaranteeing bank deposit can be simple (to be expressly stipulated) or solidarity.

In relation to the mode of executing the security may be first demand[11] or *documentary*[12].

Legal mechanism the bank security creates three categories of legal relations: relations between the guarantor and the creditor bank, the ratio of bank credit and guaranteeing, the relationship between the bank guarantee and the relationship between the debtor and guarantors (for cases when there are several).

It is necessary to show that only the relationship between the beneficiary and the bank guarantee guaranteeing guarantor arising from the contract, the relationship between the debtor and the bank guarantee and the guarantor, if there are more, are born of the contract of mandate or business management, because debtor is not party to the contract of suretyship.

Termination occurs by bank security accessory, as a consequence of extinction of the obligation by the debtor or principal, for their causes.

2. The contract of guarantee (autonomous)

The contract of guarantee self[13] – is the contract by which a bank undertakes to guarantee the recipient of conduct of a person (person guaranteed) to achieve a result and if not obtained, to pay the beneficiary an amount of money as compensation[14].

[9] Not to be confused during the validity period for payment of bank deposit contract, the latter being usually higher. For that, the refund guarantee makes sense only when its execution can be claimed at any time.

[10] Determined by the duration of primary obligation.

[11] Determined by the duration of primary obligation.

[12] When the lender may require its execution without evidence that the debtor does not honor its obligation.

[13] In French law, the autonomous bank guarantee is called *contractuelle warranty* (warranty contract). The Romanian legal literature and the term is also used independent bank guarantee.

[14] In Romania, as well as in other countries, independent bank guarantees are not expressly covered by a legislative act. However, in practice and in legal-economic literature have been accepted and recognized multiple forms of autonomous bank guarantee. Autonomous bank guarantee in a particular application than international trade. In order to unify the practice in the field of autonomous bank guarantees, the International Chamber of Commerce in Paris has produced more uniform rules matter. International Chamber of Commerce rules have normative character of the Romanian law. In business dealings, but the parties may refer to them when they become binding on Contracting Parties. Of course, Uniform Rules are supplemented by any other statutory provisions, national or international incidents.

Obiectul contractului de cauţiune bancară îl reprezintă prestaţia bănească pe care banca o garantează creditorului, indiferent de natura prestaţiilor specifice obligaţiilor principale.

În ceea ce priveşte durata contractului de cauţiune bancară[9], arătăm că acesta poate fi încheiat pe o perioadă determinată[10] sau nedeterminată în timp.

Cauţiunile bancare pot fi clasificate în funcţie de diferite criterii.

Astfel, după obiectul obligaţiei fundamentale garantate, cauţiunile bancare se clasifică în: cauţiuni pentru efectuarea unui export/import, cauţiuni pentru efectuarea transferului valutar, cauţiuni pentru plata la termen a mărfurilor, cauţiuni pentru participarea la licitaţii etc.

În raport de poziţia băncii garante cauţiunea poate fi simplă (trebuie expres stipulată) sau solidară.

În raport de modul de executare cauţiunea poate fi la *prima cerere*[11] sau *documentară*[12].

Mecanismul juridic al cauţiunii bancare generează trei categorii de raporturi juridice: raporturile dintre banca garantă şi creditor; raportul dintre creditor şi banca garantă; raporturile dintre banca garantă şi debitor şi raporturile dintre garanţi (pentru cazurile când sunt mai mulţi).

Se impune a arăta că, doar raporturile dintre beneficiarul garanţiei şi banca garantă izvorăsc din contractul de cauţiune, raporturile dintre banca garantă şi debitor şi cele dintre garanţi, dacă sunt mai mulţi, se nasc din contractul de mandat sau din gestiunea de afaceri, pentru că debitorul nu este parte în contractul de cauţiune.

Încetarea cauţiuni bancare are loc pe cale accesorie, ca o consecinţă a stingerii obligaţiei debitorului sau pe cale principală, pentru cauze proprii.

2. Contractul de garanţie bancară (autonomă)

Contractul de garanţie bancară autonomă[13] – este acel contract prin care o bancă se obligă să garanteze pe beneficiar de conduita unei persoane (persoana garantată) în vederea obţinerii unui rezultat, iar dacă acesta nu este obţinut, să îi plătească beneficiarului o sumă de bani cu titlu de despăgubire[14].

---

[9] Nu trebuie confundat termenul de plată cu durata valabilităţii contractului de cauţiune bancară, aceasta din urmă fiind de regulă mai mare. De aceea, restituirea garanţiei nu are sens decât atunci când executarea ei poate fi reclamată oricând.

[10] Stabilită în funcţie de durata obligaţiei principale.

[11] Când creditorul poate solicita executarea ei fără a demonstra că debitorul nu şi-a onorat obligaţia.

[12] Când pentru a pune în executare cauţiunea trebuie să se demonstreze cu act emanat de la terţ că debitorul nu şi-a executat obligaţia.

[13] În dreptul francez, garanţia bancară autonomă este denumită *garantie contractuelle* (garanţie contractuală). În literatura juridică română se mai foloseşte şi termenul de garanţie bancară independentă.

[14] În România, ca de altfel şi în alte ţări, garanţiile bancare autonome nu sunt reglementate expres printr-un act normativ. Cu toate acestea, în practica şi în literatura juridico-economică au fost admise şi recunoscute multiple forme de garanţii bancare autonome. Garanţiile bancare autonome au o aplicabilitate mare în special în relaţiile comerciale internaţionale. În scopul unificării uzanţelor în materia garanţiilor bancare autonome, Camera Internaţională de Comerţ din Paris a elaborat mai multe Reguli Uniforme în materie. Regulile Camerei Internaţionale de Comerţ nu au caracter de acte normative pentru dreptul românesc. În relaţiile comerciale, părţile pot face însă trimitere la acestea, situaţie în care ele devin obligatorii pentru părţile contractante. Bineînţeles că Regulile Uniforme sunt completate de orice alte prevederi legale incidente naţionale sau internaţionale.

Legal characters of the contract of guarantee are independent: autonomous (independent)[15], unnamed[16], unilaterally[17], consensual[18], free of charge[19], is always a commercial contract[20].

The literature is highlighting the autonomy of the contract of guarantee is designed only legally and not economic, however, constitute a bank guarantee which is consistent with the purpose of security enhancement to be somewhat dependent on the existence facts[21]. But this economic dependency does not give an ancillary obligation guaranteeing bank.

In connection with the parties to the contract of guarantee self-reported issues are not specific to bank security agreement. The only remark to be made is that the autonomous bank guarantee is characterized in terms of parties, in that only one guarantor.

So, the contract of guarantee autonomy are:

a) Bank (s), and

b) Any person or entity (collateral taker).

Should not be overlooked that rule, granting the security is made at the request of the debtor (collateral applicant) who is not party to the contract guarantee.

The autonomous bank guarantee contract guaranteeing bank assumes an obligation to own, distinct from that of the person guaranteed.

As for the types of bank guarantees, they may be:

- maintain a bid or tender;
- refund of advance payment;
- good performance.

Bank guarantees may be constituted by the same bank, the same time or sequentially for each characteristic phase of the operation or may be constituted by separate banks.

For the guarantee to be classified as autonomous bank guarantee is necessary to specify this explicitly in the contract, otherwise the bank will value a security.

Autonomous bank guarantee ceases to:

- The expiry of the guarantee, to the security of fixed duration, and
- Revocation thereof, whether the guarantee is unlimited in time.

[15] Since it is guaranteed by the conduct of a person and not the fulfillment of this person.

[16] For it is not legally regulated as a creation of banking practice, based on the principle of freedom of contract (art. 969 to 970 of the Civil Code).

[17] Since the bank assumes the obligation to guarantee one for the conduct of the applicant.

[18] In the sense that the agreement of the contracting parties will be sufficient for the validity of the contract.

[19] Since the bank does not pursue the remuneration of the collateral taker.

[20] Since the source of the obligation assumed by contract is an objective fact of trade (transaction bank).

[21] For example non-signing of the contract by the person who won the bid.

Caracterele juridice ale contractul de garanţie bancară autonomă sunt: autonom (independent)[15]; nenumit[16]; unilateral[17]; consensual[18]; cu titlu gratuit[19]; este întotdeauna un contract comercial[20].

În literatura de specialitate se face sublinierea că autonomia contractului de garanţie bancară este concepută numai din punct de vedere juridic nu şi din punct de vedere economic, garanţia bancară constituind totuşi un accesoriu ceea ce corespunde scopului garanţiei de a fi într-un fel dependentă de existenţa unor fapte[21]. Dar, această dependenţă economică nu conferă un caracter accesoriu obligaţiei băncii garante.

În legătură cu părţile contractului de garanţie bancară autonomă nu sunt de semnalat aspecte specifice faţă de contractul de cauţiune bancară. Singura remarcă ce trebuie făcută este aceea că garanţiile bancare autonome se caracterizează, sub aspectul părţilor, prin faptul că au un singur garant.

Deci părţile contractului de garanţie bancară autonomă sunt:

a) banca (garantul), şi

b) orice persoană fizică sau juridică (beneficiarul garanţiei).

Nu trebuie omis faptul că, de regulă, acordarea garanţiei se face la cererea debitorului (solicitantul garanţiei) care nu este parte în contractul de garantare.

Prin contractul de garanţie bancară autonomă, banca garantă îşi asumă o obligaţie proprie, distinctă de cea a persoanei garantate.

Cât priveşte tipurile de garanţii bancare, acestea pot fi de:

- menţinere a ofertei sau de participare la licitaţie;
- restituire a avansului plătit;
- bună executare.

Garanţiile bancare pot fi constituite de către aceeaşi bancă, în mod concomitent sau succesiv pentru fiecare fază caracteristică operaţiunii sau pot fi constituite de bănci separat.

Pentru ca garanţia să fie calificată drept garanţie bancară autonomă este necesar să se precizeze în mod expres acest lucru în contract, în caz contrar va avea valoarea unei cauţiuni bancare.

Garanţia bancară autonomă încetează la:

- expirarea duratei garanţiei, în cazul garanţiei cu durată determinată, şi la
- revocarea acesteia, dacă garanţia este nelimitată în timp.

---

[15] Deoarece prin acesta se garantează pentru conduita unei persoane şi nu pentru îndeplinirea obligaţiei asumată de această persoană.

[16] Pentru că nu este reglementat legal fiind o creaţie a practicii bancare, având la baza principiul libertăţii de a contracta (art. 969-970 C. civ.).

[17] Întrucât banca îşi asumă singură obligaţia de a garanta pentru conduita solicitantului.

[18] În sensul că exprimarea acordului de voinţă între părţile contractante este suficientă pentru valabilitatea contractului.

[19] Deoarece banca nu urmăreşte obţinerea unei remuneraţii de la beneficiarul garanţiei.

[20] Întrucât izvorul obligaţiei asumate prin contract îl constituie o faptă de comerţ obiectivă (operaţiunea de bancă).

[21] De exemplu, nesemnarea contractului de persoana care a câştigat licitaţia.

3. Judicial practice in ECHR,

Division III, Case May 24, 2007, in *Case Dragoţoniu and Militaru-Pidhorni against Romania* (Application no. 77193/01 and 77196/01) Strasbourg

In fact, plaintiffs and John Nicholas Dragoţoniu Militaru-Pidhorni brought one complaint to the European Court of Human Rights, on September 8, 2000, citing violation by Romania of art. 7 par. 1 of the European Convention on Human Rights (non-retroactivity criminal law) and art. 5 paragraph 1 letter c) of the Convention (right to liberty and security).

Applicants, officials at a commercial bank, complained to the courts' retroactive application of provisions of Law no. 65/1992 for the amendment of the Criminal Code of some corruption, and the extensive application of that legislation, so it came to extending the concept of qualified subject of the crime of bribery under and sanctioned by art. 254 Criminal Code and sentenced to passive corruption, although the time of the facts to be decided, in their view, the law only criminal acts committed by public officials[22].

Also, under art. 5 par. 1 letter c) of the Convention, the applicants complained that they were held in provisional detention in the absence of any reasonable grounds to have committed a crime.

European Court cases the two requests of the applicants, given that the facts giving rise to the two cases are the same and that the two applicants have followed the same procedure internally.

The European Court rejected the application on the end of infringing art. 5 par. 1 letter c) of the Convention (right to liberty and security), indicating that it was belatedly introduced.

On the tip of claim brought under art. 7 par. 1 of the Convention, the European Court found a breach of this provision by the Romanian authorities, in terms of extensive application of criminal law, whereas on the one hand, to the provisions of the Criminal Code in force committed on the facts, could not be tried for corruption than those carrying out an activity

[22] Criminal proceedings before national courts include the following statement:

By decree of February 27, 1996, Timis County Court found that the two plaintiffs each received in 1991 from a car instead of S. preparation of acts contrary to their professional obligations and the grant of undue benefits of S.

In actually issued two letters of guarantee dated August 12 and October 11, 1991 for the benefit of the latter, although the bank had no cover required. Accordingly, the Court convicted the first applicant, Nicholas Dragotoniu, for taking bribes in the art. 254 penal code and other offenses in a year and one month in prison and ordered to ban the exercise of civil rights. He also condemned the second plaintiff, John Militaru-Pidhorni, for taking bribes and other offenses in a year and one month in prison and ordered to ban the exercise of civil rights.

Plaintiffs and the public prosecutor submitted appeal. They stated in particular that the facts which were assigned when they were committed did not constitute a crime under national law. In their view, the crime of bribery assumed that the author would have an official or public official or state employee of a company while they were employees of a private bank. They recognized that the date of delivery of the sentence acts attributed to their task could be classified as an offense under criminal law, but has not been amended until July 8, 1992, ie one year after the commission of acts attributed.

By decision of May 19, 1997 Timişoara Court of Appeal upheld the Prosecutor's appeal, upheld the conviction applicants for the crime of bribery and increased the sentence of the first applicant to three years and six months in prison and that of the second to three years in prison.

At a specified time, applicants and the public prosecutor submitted an appeal. Plaintiffs reiterated their complaint on the application by analogy of the criminal code.

By a decision of June 27, 2000, the Supreme Court upheld the Court of Appeal on their conviction for bribery and annulled the decision in relation to other crimes because of the prescription. Consequently, she reduced the penalty imposed was the first applicant to three years in prison.

3. Practică judiciară în materie

CEDO, Secţia a III-a, hotărârea din 24 mai 2007 în *Cauza Dragotoniu şi Militaru-Pidhorni împotriva României* (Cererile nr. 77193/01 şi 77196/01), Strasbourg

În fapt reclamanţii Nicolae Dragotoniu şi Ioan Militaru-Pidhorni au introdus câte o plângere la Curtea Europeană a Drepturilor Omului, la data de 8 septembrie 2000, invocând încălcarea de către România a art. 7 par. 1 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului (neretroactivitatea legii penale) şi a art. 5 alin. (1) lit. c) din Convenţie (dreptul la libertate şi la siguranţă).

Reclamanţii, funcţionari în cadrul unei bănci comerciale, s-au plâns de aplicarea retroactivă de către instanţele judecătoreşti a dispoziţiilor Legii nr. 65/1992 pentru modificarea şi completarea Codului penal privind unele fapte de corupţie, precum şi cu privire la aplicarea extensivă a acestui act normativ, astfel încât s-a ajuns la extinderea sferei noţiunii de subiect calificat al infracţiunii de luare de mită prevăzute şi sancţionate de dispoziţiile art. 254 C. pen. şi la condamnarea lor pentru corupţie pasivă, deşi în momentul comiterii faptelor deduse judecăţii, în opinia acestora, legea incrimina exclusiv faptele săvârşite de funcţionarii publici[22]. De asemenea, în temeiul art. 5 alin. (1) lit. c) din Convenţie, reclamanţii s-au plâns de faptul că au fost ţinuţi în detenţie provizorie în absenţa oricăror motive rezonabile că ar fi săvârşit o infracţiune.

Curtea Europeană a conexat cele două cereri ale reclamanţilor, ţinând cont că faptele care au stat la baza celor două cauze sunt aceleaşi şi că cei doi reclamanţi au urmat aceeaşi procedură în plan intern.

Curtea Europeană a respins capătul de cerere referitor la încălcarea art. 5 alin. (1) lit. c) din Convenţie (dreptul la libertate şi la siguranţă), arătând că a fost tardiv introdus.

Referitor la capătul de cerere introdus în baza art. 7 par. 1 din Convenţie, Curtea Europeană a constatat încălcarea acestei dispoziţii, de către autorităţile române, sub aspectul aplicării extensive a legii penale, întrucât, pe de o parte, faţă de prevederile Codului penal în vigoare la data săvârşirii faptelor, nu puteau fi judecate pentru corupţie decât faptele persoanelor desfăşurând o activitate în cadrul unei organizaţii publice, şi nu în cadrul unei societăţi comerciale private, iar pe de altă parte, nu s-a putut demonstra existenţa unei jurisprudenţe

[22] Procesul penal în faţa instanţelor interne cuprinde următoarea situaţie:

Printr-o sentinţă din 27 februarie 1996, Tribunalul judeţean Timiş a constatat că cei doi reclamanţi primiseră fiecare, în 1991, o maşină din partea lui S. în schimbul întocmirii unor acte contrar obligaţiilor lor profesionale şi vizând acordarea de foloase necuvenite lui S. În fapt, *au eliberat două scrisori de garanţie bancară datate 12 august şi 11 octombrie 1991 în avantajul acestuia din urmă, deşi nu dispunea de acoperirea bancară necesară.* În consecinţă, Tribunalul a condamnat pe primul reclamant, Nicolae Dragotoniu, pentru luare de mită în baza art. 254 C. pen. şi pentru alte infracţiuni la un an şi o lună de închisoare şi a ordonat interzicerea exercitării unor drepturi civile. El a condamnat de asemenea pe al doilea reclamant, Ioan Militaru-Pidhorni, pentru luare de mită şi pentru o altă infracţiune la un an şi o lună de închisoare şi a ordonat interzicerea exercitării unor drepturi civile.

Reclamanţii precum şi Parchetul au înaintat apel. Ei precizau în special că faptele ce le erau atribuite nu constituiau în momentul comiterii lor o infracţiune în dreptul naţional. În opinia lor, infracţiunea de luare de mită presupunea că autorul ar avea calitatea de funcţionar public sau de funcţionar sau salariat al unei societăţi de stat, în timp ce ei erau angajaţi ai unei bănci private. Ei au recunoscut că la data pronunţării sentinţei faptele atribuite în sarcina lor puteau fi calificate drept infracţiune în conformitate cu legea penală, dar aceasta nu a fost modificată decât la 8 iulie 1992, adică la un an de la comiterea faptelor atribuite.

Printr-o hotărâre din 19 mai 1997, C. Apel Timişoara a admis apelul Parchetului, a confirmat condamnarea reclamanţilor pentru infracţiunea de luare de mită şi a mărit pedeapsa primului reclamant la trei ani şi şase luni de închisoare şi pe cea a celui de-al doilea la trei ani de închisoare.

La o dată neprecizată, reclamanţii şi Parchetul au înaintat un recurs în anulare. Reclamanţii au reiterat plângerea lor privind aplicarea prin analogie a codului penal.

Printr-o hotărâre din 27 iunie 2000, CSJ a confirmat hotărârea Curţii de Apel în privinţa condamnării lor pentru luare de mită şi a anulat hotărârea în privinţa altor infracţiuni datorită prescrierii. În consecinţă, ea a micşorat pedeapsa aplicată primului reclamant la trei ani de închisoare.

acts in a public, and not in a private company, and on the other hand, could not demonstrate the existence of an affordable and predictable jurisprudence, prior acts committed by the applicants, to assimilate passive corruption of employees of a bank with those of other officials or employees of establishments *public*.

Consequently, the Strasbourg court awarded each plaintiff, by way of damages, the amount of EUR 3,000.

Request arbitration. Court of Arbitration of the Chamber of Commerce in Paris. *Cases WMC and ASCOP*

Following the failure of investment undertaken by the World Machinery Company (WMC) in the privatization contract, on December 20, 2002 AVAS asked the Court of Arbitration of the Chamber of Commerce in Paris with an arbitration request.

The arbitration request, AVAS asked the Court to compel payment of WMC to 450,000 dollars, by way of penalty amounting to 30% of unrealized investments under contractual obligation on making investments in society (SC machines tools Bacău) the years 1999 and 2000. He also requested payment of 120,000 USD, for damages amounting to 8% of the value of unrealized investments for breach of teaching, in terms agreed by contract, a letter of guarantee for investments in the years 1999 and 2000 and lack of investment requirement in this period.

In addition to these demands, the Romanian government has asked the court to order the WMC to provide a bank guarantee letter AVAS or any other document in accordance with Romanian law, which guarantees investment, made in society and be free to impose additional requirements contract, the procedure for enforcing it.

WMC shall pay the costs associated with introducing and supporting action in the Court of Arbitration. In addition, AVAS asked and payment of interest of 6% per annum for amounts listed, the date of the judgment until their total payment by AVAS. In the last period specified in this file, the Court of Arbitration rejected the plea of non-execution of the contract high of WMC, and requests damages in connection with this exception, the dispute will to take the course until the final debate.

REFERENCES

O. Căpățână, B. Ştefănescu, *International trade treaty law*, Vol. II. Special Part, Ed. Academiei RSR, 1987;

F. Ciutacu, *Guarantees of performance of duties, personal guarantees and collateral*, Themis Cart Publishing House, Bucharest, 2006;

C. Mladen, I. Silberstein, *The guarantees and their performance* – lecture notes, Romanian Banking Institute Bucharest, 2009;

M. Negruş, *Payments and international guarantees*, edition IV, Ed. Ch. Beck, Bucharest, 2006;

V. Nemeş, Banking, Publishing Edit, Bucharest, 2004;

R. Petrescu, *General Theory of commercial obligations*, Romfel Publisher, Bucharest, 1994;

V. Pătulea, C. Turianu, *Guarantees the performance of commercial obligations*, Scripta Publishing House, Bucharest, 1994;

I. Rucăreanu, V. Babiuc, *The legal regime of bank guarantees*, Institute of World Economics, 1980;

Y. Poullet, Revue du Droit et du Commerce International practique no. 3/1979.

accesibile şi previzibile, prealabilă săvârşirii faptelor de către reclamanţi, care să asimileze faptele de corupţie pasivă ale salariaţilor unei bănci cu cele ale funcţionarilor sau altor salariaţi din unităţile *obşteşti*.

În consecinţă, instanţa de la Strasbourg a acordat fiecărui reclamant, cu titlu de daune morale, suma de 3.000 EUR.

Cerere Arbitrală. Curtea de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerţ Internaţională de la Paris. Cazurile *WMC* şi *ASCOP*

Ca urmare a neîndeplinirii obligaţiilor investiţionale asumate de World Machinery Company (WMC) prin contractul de privatizare, la data de 20 decembrie 2002 AVAS a sesizat Curtea de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerţ Internaţională de la Paris cu o Cerere Arbitrală.

Prin Cererea Arbitrală, AVAS a solicitat Tribunalului să oblige WMC la plata sumei de 450.000 USD, cu titlu de penalităţi în valoare de 30% din valoarea investiţiilor nerealizate, conform clauzei contractuale referitoare la obligaţia de efectuare de investiţii în societate (SC Maşini Unelte Bacău) aferente anilor 1999 şi 2000. De asemenea, a solicitat plata sumei de 120.000 USD, cu titlu de daune-interese în valoare de 8% din valoarea investiţiilor nerealizate, pentru încălcarea obligaţiei de a preda, în condiţiile convenite prin contract, o *scrisoare de garanţie bancară* pentru realizarea investiţiilor pe anii 1999 şi 2000 şi pentru nerealizarea obligaţiei de investiţii pe această perioadă".

Pe lângă aceste solicitări, statul român a cerut ca instanţa să oblige WMC să pună la dispoziţia AVAS o scrisoare de garanţie bancară sau orice alt document în conformitate cu legea română, care să garanteze efectuarea investiţiilor în societate şi să nu conţină condiţii suplimentare faţă de prevederile contractuale, privind procedura de executare a acesteia.

WMC trebuie să achite şi costurile asociate cu introducerea şi susţinerea acţiunii în faţa Tribunalului Arbitral. În plus, AVAS a cerut şi plata unei dobânzi de 6% pe an pentru sumele menţionate, de la data pronunţării hotărârii până la plata totală către AVAS a acestora. La ultimul termen stabilit în acest dosar, Curtea de Arbitraj a respins excepţia de neexecutare a contractului ridicată de WMC, precum şi solicitările de daune în legătură cu această excepţie, litigiul urmând a-şi urma cursul până la dezbaterile finale.

BIBLIOGRAFIE

O. Căpăţână, B. Ştefănescu, *Tratat de drept al comerţului internaţional, vol. II. Partea specială,* Ed. Academiei RSR, Bucureşti, 1987;

F. Ciutacu, *Garanţiile de executare a obligaţiilor, Garanţiile personale şi garanţiile reale*, Ed. Themis Cart, Bucureşti, 2006;

C. Mladen şi I. Silberstein, *Garanţiile şi executarea lor* – note de curs, Institutul Bancar Român Bucureşti, 2009;

M. Negruş, *Plăţi şi garanţii internaţionale*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006;

V. Nemeş, *Drept bancar*, Ed. Editas, Bucureşti, 2004;

V. Pătulea, C. Turianu, *Garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale*, Ed. Scripta, Bucureşti, 1994;

R. Petrescu, *Teoria generală a obligaţiilor comerciale,* Ed. Romfel, Bucureşti, 1994;

I. Rucăreanu, V. Babiuc, *Regimul juridic al garanţiilor bancare,* Institutul de Economie Mondială, Bucureşti, 1980

Y. Poullet, Revue du Droit et practique du commerce international nr. 3/1979.

Recapitalizing Credit Institutions and Insurance Companies - the Austrian Example

Markus ZEHENTNER
Oesterreichische Nationalbank

Presentation for the Conference *Financial crisis in the world. The role of the regulation and prudential supervision of the credit institutions*, Constanța, 3-6 of June 2009

In 2008 the Austrian Legislator reacted to the financial crisis by amending several existing laws and passing several new laws.

The central aspects of these Austrian measures encompass 4 main topics:

1. Stimulation of the interbank-market
2. Equity-strengthening measures for banks
3. Restoring confidence in financial markets
4. Strengthening supervision

This presentation will now focus on how the Austrian Government implemented equity-strengthening measures for banks:

1. The Financial Market Stability Act (FMSA)

Article 1 of the *Financial Market Stability Act* (FMSA, promulgated in Federal Law Gazette I No. 136 of October 26, 2008) provides the Federal Minister of Finance with the authority to take measures to recapitalize affected legal entities in order to remedy a considerable economic disruption in Austria, to secure the macroeconomic balance and to protect the Austrian national economy. Affected legal entities within the meaning of the present Act are:

- *Credit institutions* within the meaning of art. 1 par. 1 of the Banking Act (Bankwesengesetz, BWG), Federal Law Gazette, No. 532/1993, and
- Domestic *insurance companies* within the meaning of the Insurance Supervision Act (Versicherungsaufsichtsgesetz, *VAG*), Federal Act Gazette No. 569/1978.

a) Recapitalization instruments

According to art. 2 FMSA the Minister of Finance may use the following *instruments*:

1. Assumption of liability for obligations of the affected legal entity;
2. Assumption of liability for obligations to the affected legal entity;
3. Granting of loans and supply of own funds;
4. Acquisition of shares or partnership interests or convertible bonds in connection with capital increases;
5. Acquisition of existing shares or partnership interests by legal transaction;

BCU ASIC CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Recapitalizarea instituțiilor de credit și a companiilor de asigurări – exemplul Austriei

Markus ZEHENTNER
Oesterreichische Nationalbank

În 2008, legiuitorul austriac a reacționat la criza financiară, modificând mai multe legi existente și promulgând o serie de legi noi.

În Austria, cele mai importante aspecte ale acestor măsuri includ 4 subiecte principale, respectiv:

1. stimularea pieței interbancare;
2. măsuri de întărire a capitalului băncilor;
3. reconstruirea încrederii în piețele financiare și
4. întărirea supravegherii.

În această lucrare ne vom concentra asupra modului în care Guvernul austriac a implementat măsurile de întărire a capitalului băncilor.

1. Legea Stabilității Piețelor Financiare (LSPF)

Art. 1 al *Legii Stabilității Piețelor Financiare* (LSPF, promulgată în Buletinul Federal Legislativ Nr. 136 din octombrie 26, 2008) încredințează Ministrului Federal al Finanțelor prerogativa de a lua măsuri pentru a recapitaliza entitățile juridice afectate, cu scopul de a remedia considerabila subminare economică în Austria, pentru a asigura echilibrul macroeconomic și a proteja economia națională a țării. Entitățile juridice afectate în sensul prezentei Legi sunt:

- *instituțiile de credit,* în sensul art. 1 par. 1 din Legea Bancară (Bankwesengesetz, *BWG*), Buletinul Federal Legislativ nr. 532/1993 și
- *companiile de asigurări* naționale, în sensul conferit de Legea Supravegherii Asigurărilor (Versicherungsaufsichtsgesetz, *VAG*), Buletinul Federal Legislativ nr. 569/1978.

a) Instrumente de Recapitalizare

Conform art. 2 al LSPF, Ministrul de Finanțe poate utiliza următoarele *instrumente:*

1. asumarea unei datorii pentru obligațiile entității juridice afectate;
2. asumarea unei datorii pentru obligațiile către entitatea juridică afectată;
3. acordarea de împrumuturi și oferirea de fonduri proprii;
4. achiziția de acțiuni sau interese în parteneriate sau obligațiuni convertibile în legătură cu măriri de capital;
5. achiziția de acțiuni existente sau de interese în parteneriate prin tranzacții juridice;

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

6. Acquisition of partnership or company assets by way of a merger according to sec. 235 of the Stock Corporation Act (Aktiengesetz – AktG).

An affected legal entity that is benefiting from one or more of these measures shall be charged a fee and interest which is in conformity with market conditions.

b) Nationalization

In addition to the above mentioned instruments, the Federal Minister of Finance is entitled to *take over ownership rights* of an affected legal entity by regulation in cases where a credit institution or insurance company finds itself in danger of being unable to fulfill its obligations to its creditors, and provided that the other instruments are insufficient or cannot be used or cannot be used in time, if this should be necessary for the prevention of serious damage to the national economy. The regulation also has to determine the details of the enforcement of claims for compensation (art. 2 para. 2 FMSA).

c) Conditions and obligations

Furthermore, the Federal Minister

of Finance, acting in agreement with the Federal Chancellor also has the authority to enact a regulation determining the details of the *conditions and obligations* imposed for measures taken pursuant to this Federal Act. Such details may include, without limitation, provisions regulating (art. 2 para. 5 FMSA).

- The orientation of the business policy and the sustainability of the business model that is being implemented;
- The use of the funds supplied;
- The remuneration paid to the members of its executive bodies, employees and principal vicarious agents;
- The distribution of dividends;
- Measures taken in order to safeguard the jobs of the employees of the legal entity benefiting;
- The period within which these requirements must be fulfilled;
- Measures for the prevention of distortions of competition;

Finally, this regulation may also contain provisions stating the legal *consequences of non-compliance* with conditions and obligations imposed.

2. The Stock Corporation for Financial Market Investments - FIMBAG

a) General Remarks

In line with the Austrian *Financial Market Stability Act* the Austrian government has established a Stock Corporation for Financial Market Investments of the Federal Republic (*FIMBAG – Finanzmarktbeteiligung Aktiengesellschaft des Bundes*) in order to *implement the*

BCU ALEXANDRU IOAN CUZA UNIVERSITY LIBRARY

6. achiziția de active ale parteneriatelor sau companiilor prin fuziuni, conform sec. 235 a Legii Societăților pe Acțiuni (Aktiengesetz – AktG).

O entitate juridică afectată care beneficiază de una sau mai multe din aceste măsuri va plăti un comision şi o dobândă în conformitate cu condițiile din piață.

b) Naționalizarea

În plus față de instrumentele menționate mai sus, Ministrul Federal al Finanțelor poate să *preia drepturile de proprietate* ale unei entități juridice afectate de reglementare, în cazurile în care o instituție de credit sau o companie de asigurări se află în pericol de a nu-şi putea îndeplini obligațiile către creditori, şi doar în cazul în care celelalte instrumente sunt insuficiente ori nu se pot utiliza sau nu se pot utiliza la timp, şi dacă acest lucru devine necesar pentru prevenirea unor daune grave aduse economiei naționale. Reglementarea mai trebuie să determine şi detaliile punerii în practică a cererilor de compensare (art. 2 par. 2 LSPF).

c) Condiții şi obligații

Mai mult chiar, Ministrul Federal al Finanțelor, acționând în consens cu Cancelarul Federal, mai are şi prerogativa de a aplica o reglementare care determină detaliile *condițiilor şi obligațiilor* impuse pentru măsurile luate în respectiva Lege Federală. Astfel de detalii pot include, fără a se limita, prevederi care reglementează (art. 2 par. 5 LSPF):

- orientarea politicii de afaceri şi sustenabilitatea modelului de afaceri care se implementează;
- utilizarea fondurilor furnizate;
- remunerația plătită membrilor organelor sale executive, angajaților şi principalilor agenți mandatați;
- distribuirea dividendelor;
- măsuri luate cu scopul de a salvgarda locurile de muncă ale angajaților entității juridice beneficiare;
- perioada în care aceste cerințe trebuie îndeplinite;
- măsuri de prevenire a distorsionării concurenței.

În sfârşit, această reglementare mai poate conține şi prevederi care stabilesc *consecințele juridice ale neconformării* cu condițiile şi obligațiile impuse.

2. Corporația pe acțiuni pentru investițiile din piețele financiare – FIMBAG

a) Remarci generale

În armonie cu *Legea austriacă a Stabilității Piețelor Financiare,* guvernul din Austria a înființat o corporație pe acțiuni pentru investițiile din piețele financiare ale Republicii Federale

necessary measures to recapitalize credit institutions and also insurance companies. The FIMBAG which is wholly owned by the Austrian state holding company ÖIAG was incorporated on 11 November 2008 and started operations on 14 November 2008.

The members of the Management Board are Mr. Klaus Liebscher, the former Governor and Mr. Adolf Wala, a former President of the Austrian Central Bank (Oesterreichische Nationalbank, OeNB).

The key tasks of FIMBAG comprise managing the equity capital provided by, or shares acquired by, the Federal Republic of Austria and subsequently transferred to FIMBAG, monitoring compliance with the requirements defined for the respective capital measures, and ensuring the orderly disinvestment of the government's shares in due time.

b) Measures implemented

The only bank in Austria that became government-owned so far is the provider of financial services to municipalities *Kommunalkredit*. After serious problems, the state had to rescue the previously eighth largest bank of the country by acquiring 99.78 percent against a symbolic payment of 2 euros. A three-digit million amount is required to improve the equity ratio and to ensure adequate liquidity through state guarantees. The previous owners Volksbank AG and the Belgian Dexia assigned their holdings of Kommunalkredit.

Furthermore, the credit institutions Hypo Alpe Adria Group, Erste Group, Volksbank and RZB have already received a participation capital of 4.6 billion euros from the Austrian government and also appropriate conditions and obligation as mentioned above have been imposed on these institutions.

As pointed out before, the FIMBAG may provide support in recapitalisation not only to banks but also to insurance companies. However, until now no insurance company made use of any of the recapitalisation instruments.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

(FIMBAG – Finanzmarktbeteiligung Aktiengesellschaft des Bundes) cu scopul de a *implementa măsurile necesare* pentru a recapitaliza instituţiile de credit, dar şi companiile de asigurări. FIMBAG – care este în întregime deţinută de către compania austriacă de stat de tip holding ÖIAG, a fost înregistrată la 11 noiembrie 2008, începându-şi operaţiunile la 14 noiembrie 2008.

Membrii Consiliului de Conducere sunt Klaus Liebscher, fost Guvernator şi Adolf Wala, fost Preşedinte al Băncii Centrale a Austriei (*Oesterreichische Nationalbank* – OeNB).

Cele mai importante sarcini ale FIMBAG se referă la administrarea capitalului social furnizat de, sau acţiunilor achiziţionate de către Republica Federală a Austriei şi ulterior transferate la FIMBAG, monitorizarea conformităţii cu cerinţele definite pentru respectivele măsuri privind capitalul şi asigurarea dezinvestirii ordonate a acţiunilor guvernului, la momentul potrivit.

b) Măsuri implementate

Până în momentul de faţă, singura bancă din Austria care a ajuns să fie deţinută de către guvern este furnizorul de servicii financiare pentru municipalităţi, *Kommunalkredit*. După o serie de probleme grave, statul a fost nevoit să salveze banca, care anterior fusese a opta bancă a ţării, achiziţionând 99,78% pentru suma simbolică de 2 euro. Este nevoie de o sumă de trei cifre, în milioane, pentru a îmbunătăţi indicatorului fondurilor proprii şi a asigura o lichiditate adecvată prin garanţii de stat. Foştii proprietari, Volksbank AG şi banca belgiană Dexia, şi-au cesionat deţinerile în Kommunalkredit.

Mai mult chiar, instituţiile de credit Hypo Alpe Adria Group, Erste Group, Volksbank şi RZB au primit deja un capital de participare de 4,6 miliarde de euro de la guvernul Austriei, condiţii şi obligaţii corespunzătoare – aşa cum am menţionat mai sus – fiind de asemenea impuse acestor instituţii.

Aşa cum am menţionat mai sus, FIMBAG poate furniza suport în ceea ce priveşte recapitalizarea nu doar a băncilor, ci şi a companiilor de asigurări. Totuşi, însă, până în prezent, nicio companie de asigurări nu a utilizat vreun instrument de recapitalizare.

Versiunea în limba română dr. Flavia Toader

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Prudential Supervision Performed via the Relation with Institutions or Authorities Holding the Benefit of Legal Initiative as regards the Business of Credit Institutions

Teodora NINOV
OTP Bank România

An efficient treatment starts with a correct diagnostic. The rush to launch anti-crisis programmes can be dangerous.

1. The National Bank of Romania – supervisory authority

In exercising its *supervisory function* concerning the banking system, the National Bank of Romania (NBR) makes decisions as regards which companies can operate as banks, establishes rules for the issuance of the operating license of banks and monitors the business of commercial banks – by periodically asking them to submit financial and statistical reports or by conducting control actions at their premises.

Via its monetary and lending policy, the NBR controls the money supply level and the interest rates in the economy, as part of the general macroeconomic policy of the Government. As a rule, the NBR collaborates with the Ministry for Public Finance, the ways by which the NBR grants loans are:

- lending to the Treasury;
- interventions on the foreign exchange market.

Externally, the bank can participate into international financial, monetary and payment organizations.

The NBR acts as banker to other banks. Commercial banking institutions keep cash with the central bank under the form of reserves, non-interest earning deposits or deposits earning a very low interest rate. Prudence and the need to provide liquidity motivate any bank to establish deposits with the NBR. These deposits represent potential reserves which could be used in contingent situations. In its capacity as banker to banks, the NBR is the supervisor of banks' commerce, controlling in its specific manner the registering, operating and orientation of banks' business.

The function of *bank of the state* – provider of funds for the Government. The NBR acts as the state's treasury, keeping in its records the current account of the state Treasury via which the taxes charged and other payments into the state Treasury are booked. The NBR manages the public debt, reimbursing the value of bonds and other securities, when they mature;

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Supravegherea prudențială realizată prin relația cu instituții sau autorități deținătoare a beneficiului de inițiative legislative cu privire la activitatea instituțiilor de credit

Teodora NINOF
OTP Bank România

Un tratament eficient pornește de la un diagnostic corect. Nerăbdarea de a ne lansa în programe anticriză poate fi mai periculoasă.

1. Banca Națională – autoritate de supraveghere

În exercitarea *funcției de supraveghere* a sistemului bancar, Banca Națională decide cu privire la societățile care pot opera ca bănci și stabilește reguli de emitere a autorizației de funcționare a băncilor, monitorizează activitatea băncilor comerciale, cerându-le periodic raporturi financiare și statistice sau efectuând controale la sediul acestora.

Prin politică monetară și de credit, BNR controlează nivelul masei monetare și ratele dobânzilor din economie, ca parte a politicii generale macroeconomice a Guvernului. De regulă, BNR colaborează cu Ministerul de Finanțe. Căile prin care BNR acordă împrumuturi sunt:

- creditarea trezoreriei publice;
- intervenții pe piețele valutare.

Pe plan extern, banca poate participa la organizații internaționale cu caracter financiar, monetar și de plăți.

BNR acționează ca un bancher al celorlalte bănci. Societățile comerciale bancare păstrează disponibilități la banca centrală sub formă de rezerve, ca depozite nepurtătoare de dobânzi sau cu o dobândă mică. Prudența, necesitatea asigurării lichidităților motivează orice bancă să-și constituie depozite la BNR. Aceste depozite reprezintă rezerve potențiale ce ar putea fi utilizate în cazuri imprevizibile. Tot în funcția de bancă a băncilor, BNR se afirmă ca un supraveghetor al comerțului de bancă, supunând unui control specific înscrierea, funcționarea și orientarea activității băncilor.

Funcția de *bancă a statului* – asigurator de fonduri pentru Guvern. BNR acționează ca trezorerie a statului, ținând în evidențele sale contul curent al trezoreriei statului prin care se reflectă impozitele percepute și alte plăți efectuate în numele trezoreriei statului. BNR gestionează datoria publică, rambursând valoarea obligațiunilor și a celorlalte titluri de valoare, când acestea ajung la scadență și sunt înlocuite cu noi emisiuni de valori mobiliare. BNR poate acorda bugetului statului credite pentru acoperirea nevoilor temporare între venituri și cheltuieli bugetare.

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

they are replaced by new issuances of securities. The NBR can grant to the state budget loans in order to cover temporary needs between budget income and expenditure.

The function of *manager of foreign reserves*: the NBR keeps the country's reserves of gold, convertible foreign currency and other reserves acknowledged internationally. The NBR uses them when it intervenes on foreign exchange markets in order to control the developments of the national currency's exchange rate. At the same time, the NBR draws up the external balance of payments, the balance of receivables and payables, concludes clearing and payment agreements with foreign public and private institutions, sells and buys gold and other precious metals and trades treasury bills and other securities issued or guaranteed by foreign governments. The NBR is the correspondent of foreign central banks and of diverse financial institutions.

The function of *provider of links with international financial and banking institutions*. The Central Bank manages and keeps the records of the country's financial operations with international bodies: the IMF, the World Bank etc. An international financial institution of special importance is the Bank of International Settlements located in Basel (1930) Switzerland, set up in order to deal with the transfers related to international debts. This bank has been considered as the central bank of central banks, as it deals with the problems regarding banking cooperation and the agreements regarding rules which must govern international financial transactions.

The NBR exercises *foreign exchange control* via the regulations transmitted in orders and circulars concerning the performing and the control of foreign exchange transactions and the issuance of authorizations for foreign currency transfers abroad. Via its activity, the NBR is the most important institution of a country's financial and foreign currency operations.

Banks, via their implication in the economic and social life, are a special structural element in the life of a society; their good, permanent and efficient organization has significant impact upon the entire economic life. As such, the good organization and operating of banks cannot be left without surveillance, and moreover, banks' commerce cannot be fully exercised. A deregulation in banking, even a tiny one, creates big impediments to thousands of trading companies which were granted loans and, in addition, may panic millions of depositors.

Therefore, banking supervision is one of the NBR's basic functions. Conferred by law, the NBR conducts the supervision function of the business of all banking institutions, it has the exclusive competence to licence the operating of banks and is responsible for the prudential supervision of the banks it licenses. This function of banking supervision is conducted via the Division for Licensing, Regulation and Prudential Supervision of banking institutions.

The NBR is authorized to control and check – based on the reports received or via on-site inspections, the account ledgers and other documents of the licensed bank deemed necessary to accomplish its supervisory powers.

For the supervision of Romanian banks operating abroad, the NBR cooperates with the banking supervisory authorities of these respective countries, based on the Basel Accord; on the other hand, it supervises the branches or affiliates of foreign banks which operate in Romania. In the control teams, the authorised representatives of the country of origin of these respective banks can also be included.

In the global banking supervision exercised by the NBR, we separate banking prudential supervision – which supposes the establishing of some prudence norms and indicators and the monitoring of their compliance, in order to prevent and mitigate banking risks.

Funcţia de *administrator al rezervelor valutare*: la BNR sunt păstrate rezervele ţării în aur, valută convertibilă şi alte rezerve recunoscute pe plan internaţional. BNR le utilizează atunci când intervine pe pieţele valutare pentru a controla evoluţia cursului de schimb al monedei naţionale. Totodată, BNR întocmeşte balanţa de plăţi externă, balanţa creanţelor şi angajamentelor, încheie acorduri de clearing şi de plăţi cu instituţii publice şi private din străinătate, vinde şi cumpără aur şi alte metale preţioase, tranzacţionează bonuri de tezaur şi alte titluri emise sau garantate de guverne străine. BNR este corespondentul băncilor centrale străine şi al diverselor instituţii financiare.

Funcţia de *asigurare a legăturilor cu organizaţiile financiar-bancare internaţionale*. Banca Centrală gestionează şi ţine evidenţa operaţiilor financiare ale ţării cu organismele internaţionale: FMI, Banca Mondială etc. o instituţie financiară internaţională de importanţă deosebită este Banca Reglementărilor Internaţionale din Basel (1930) Elveţia, pentru a se ocupa de transferurile legate de datoriile internaţionale. Această bancă a ajuns să fie considerată ca bancă centrală a băncilor centrale, întrucât se ocupă de problemele privind cooperarea bancară, de acordurile privind reguli ce trebuie să guverneze tranzacţiile financiare internaţionale.

BNR exercită *controlul valutar* prin reglementările transmise în ordine şi în circulare privind efectuarea şi controlul tranzacţiilor valutare, emiterea autorizaţiei pentru transferurile valutare în străinătate. BNR prin activitatea sa, constituie cel mai important organism al activităţii financiar-valutare din ţară.

Băncile, prin implicarea în viaţa economică şi socială constituie un element structural deosebit în viaţa societăţii a cărei bună organizare, permanentă şi eficientă condiţionează întreaga viaţă economică. Ca atare, buna organizare şi funcţionare a băncilor nu poate fi lăsată în voie, iar comerţul de bancă nu poate fi exercitat pe deplin liber. O dereglare în activitatea bancară, fie ea cât de mică, creează mari impedimente miilor de societăţi comerciale creditate şi poate pune în panică milioane de depunători. Ca urmare, supravegherea bancară este una din funcţiile de bază ale BNR. Conferită prin lege, BNR realizează supravegherea activităţii tuturor societăţilor bancare, are competenţa exclusivă de autorizare a funcţionării băncilor şi răspunde de supravegherea prudenţială a băncilor pe care le autorizează. Această funcţie de supraveghere bancară se realizează prin intermediul Direcţiei Generale de Autorizare, Reglementare şi Supraveghere prudenţială a societăţilor bancare. BNR este autorizată să controleze şi să verifice pe baza raporturilor primite sau prin inspecţii la faţa locului, registrele conturilor şi alte documente ale băncii autorizate, pe care le consideră necesare pentru îndeplinirea atribuţiilor sale de supraveghere.

Pentru supravegherea băncilor româneşti care funcţionează în străinătate, BNR cooperează cu autorităţile de supraveghere bancară ale ţărilor respective, acestea în baza acordului de la Basel, pe de altă parte şi sucursalele sau filialele băncilor străine, care funcţionează în România. În echipele de control pot fi incluşi şi reprezentanţii autorizaţi din ţara de origine a băncii respective.

În cadrul supravegherii bancare globale exercitată de BNR se desprinde supravegherea prudenţială bancară care presupune stabilirea unor norme şi indicatori de prudenţă bancară şi urmărirea respectării acestora în scopul prevenirii şi limitării riscurilor bancare. Activitatea de supraveghere prudenţială a societăţilor bancare se impune din următoarele motive:

- limitarea riscului faţă de deponenţi;

The prudential supervision of banking institutions is a must because of the following reasons:

- to mitigate risk for depositors;
- to maintain the general public's trust in the financial system;
- to protect the financial infrastructure;
- to maintain the global stability of the financial system.

Banking prudential supervision includes regulatory activity as well, concerning monetary, foreign currency, credit and payment issues.

The NBR's regulatory activity in the field of prudential supervision materializes in a number of norms and circular letters regarding the licensing of banking institutions, the minimum share capital of banking institutions, the ledgers of banking institutions, opening territorial outlets by banking institutions, their equity, establishing and using reserves, the setting up of banking institutions, financial and accounting reporting, the utilization of specific provisions etc.

Prudential monitoring deployed at the premises of banking institutions is conducted via the specialised divisions of the NBR. The tools and resources used by the banking supervisory authority for the monitoring of the business of banking institutions can be: tangible (monitoring the solvency, profitability, liquidity ratios etc.) and intangible (the portfolio of internal norms).

In Romania, in conformity with international best practices in the matter, the prudential monitoring of the business of banking institutions is performed via two ways, namely:

Off-site supervision: refers to the analysis of the ratios reported by banks starting from the content of the banking prudence norms issued by the NBR which monitors the compliance of reporting deadlines for financial and accounting ratios and their calculation manner by commercial banks. Banks, being trading companies, must use accounting record-keeping based on the Accounting Law and on their specific enforcement regulations issued by the NBR and approved by the Ministry for Public Finance. A bank balance sheet is valid only after its checking and signing by the external auditors of that respective bank.

Among the main *economic and financial ratios* reported by banking institutions and analysed by the NBR, we can mention:

1. Solvency, respectively the coverage of credit risk via own resources available at a certain moment in time;

2. Assessing the foreign currency exposure: the appraisal of foreign exchange risk is monitored within prudence limits, i.e. register losses from foreign exchange differences;

3. Assessing and monitoring the large exposures generated by loans granted to a single debtor to observe legal limits. One single debtor can be granted a loan only to the limit of 20% of the bank's equity;

4. Assessing the loan portfolio quality of banking institutions and the level of credit risk coverage. This appraisal is made based on loan classification and the risk provisions established;

5. The liquidity of banking institutions, respectively the capacity of banks to settle their current obligations with own available funds;

6. the profitability of banking institutions, respectively the efficiency of the business deployed by each banking institution calculated based on their financial results.

On-site supervision: supervision has as target the examination – at the premises of banking institutions, by on-site inspections conducted by the NBR inspectors, of their standing.

- menţinerea încrederii publice în sistemul financiar;
- protejarea infrastructurii financiare;- menţinerea stabilităţii globale a sistemului financiar. Supravegherea prudenţială bancară cuprinde activitatea de reglementare, priveşte domeniile monetar, valutar, de credit, de plăţi.

Activitatea de reglementare a BNR în domeniul supravegherii prudenţiale se materializează printr-o serie de norme şi circulare referitoare la autorizarea societăţilor bancare, capitalul minim al societăţii bancare, registrele societăţii bancare, deschiderea de unităţi teritoriale ale societăţii bancare, fondurile proprii, constituirea şi utilizarea rezervei, stabilirea societăţilor bancare, raporturi financiare, contabile, utilizarea provizioanelor specifice etc.

Activitatea de urmărire prudenţială desfăşurată la societăţile bancare se realizează prin direcţii de specialitate din cadrul BNR. Pârghiile şi resursele utilizate de către autoritatea de supraveghere bancară pentru urmărirea activităţii societăţilor bancare pot fi: tangibile (urmărirea indicatorilor de solvabilitate, rentabilitate, lichiditate etc.) şi intangibile (portofoliul de norme interne).

În România, în conformitate cu practica internaţională în materie, activitatea de urmărire prudenţială a activităţii desfăşurate de societăţile bancare se realizează pe 2 căi.

Supravegherea off site

Constă în analiza indicatorilor raportaţi de către bănci pornind de la conţinutul normelor de prudenţă bancară emise de BNR, care urmăreşte respectarea termenelor de raportare a indicatorilor financiari-contabili, a modalităţii de calcul a acestora de către băncile comerciale. Băncile, fiind societăţi comerciale trebuie să-şi conducă evidenţa contabilă în baza Legii contabilităţii şi a reglementărilor specifice de aplicare a acelora date de BNR şi aprobate de Ministerul Finanţelor. Bilanţul contabil al unei bănci este valabil numai după ce a fost verificat şi semnat de cenzorii băncii respective.

Printre principalii *indicatori economico-financiari* raportaţi de societăţile bancare şi analizaţi de BNR, se numără:

1. Solvabilitatea, respectiv gradul de acoperire a riscului de credit prin resursele proprii disponibile la un moment dat;

2. Evaluarea expunerii valutare: se urmăreşte evaluarea riscului valutar în limitele de prudenţă pentru înregistrarea de pierderi din diferenţe de curs valutar;

3. Evaluarea şi urmărirea încadrării expunerilor mari din credite acordate unui singur debitor în limitele legale. Unui singur debitor i se poate acorda credit numai în limita a 20% din fondurile proprii ale băncii.

4. Evaluarea calităţii portofoliului de credite al societăţilor bancare şi a gradului de acoperire a riscului de credite. Această evaluare se face pe baza clasificării creditelor şi a provizioanelor de risc constituite;

5. Lichiditatea societăţilor bancare, respectiv capacitatea unei societăţi bancare de a deconta obligaţiile curente din disponibilităţile proprii;

6. Rentabilitatea şi profitabilitatea societarilor bancare, respectiv eficienţa activităţii desfăşurate de fiecare societate bancară calculata în baza rezultatelor financiare obţinute.

Supravegherea on site. Supravegherea are ca obiectiv examinarea la sediul societăţii bancare prin inspecţii la faţa locului de către inspectorii BNR a situaţiei acestora. În baza

Based on this supervision, the principles of prudence in banking as regards the conducting of operations is carried out via the *CAMEL* rating system, namely:

C: the supervisory bodies monitor the establishing and utilization of capital, the manner of using equity, shareholders and the changes in voting rights;

A: asset quality:
- assessment of the loan portfolio and risk coverage;
- granting large loans;
- granting loans to persons who have special relations with a banking institution;
- establishing collateral for the loans granted.

M: management: the quality of the management based on the situation found at the premises of banking institutions.

E: earnings, the profitability based on the data recorded in the accounting records;

L: liquidity:

- the capacity of banking institutions to cover their current payment obligations with available funds;
- the ratio between resources and placements, function of maturities.

Foreign currency control: economic agents, irrespective of the ownership type, who conduct import and export operations are obliged to perform foreign currency operations via certified commercial banks.

The NBR issues regulations in this respect concerning:
- the conducting and control of foreign exchange transactions;
- the issuance of a license for cross-border transfers;
- the transactions on foreign exchange markets.

The main targets are:
- cross-border payments, deliveries in documentary letters of credit and letters of guarantee;
- cross-border payments for commodities which arrived in the country;
- cross-border payments for commodities which are to be resold;
- operations actually conducted in foreign currency;
- exchange operations performed on behalf of individuals.

The control of cash operations conducted by commercial banks considers the following targets:
- checking the operating license;
- the location and technical endowment;
- the room security;
- organizing and operating cash offices;
- organizing and operating operative cash offices etc.

2. Overall situation of the banking sector

This has deep implications both for banks as well as for the capital markets; thus, the *credit portfolio quality worsens and the development of the capital market is delayed.* Banks have changed only minimally their loan portfolio structure and went on granting loans to their

BCU "CAROL I" CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

acestei supravegheri principiile de prudenţă bancară în efectuarea operaţiunilor se realizează prin sistemul *CAMEL*.

C: organele de supraveghere urmăresc constituirea şi utilizarea capitalului, modul de utilizare a fondurilor proprii, existenţa acţionarilor şi modificările intervenite în drepturile de vot.

A: calitatea activelor:

- evaluarea portofoliului de credite şi gradul de acoperire a riscului;
- acordarea de împrumuturi mari;
- acordarea de împrumuturi persoanelor aflate în relaţii speciale cu societatea bancară;
- constituirea garanţiilor pentru creditele acordate.

M: managementul – calitatea conducerii pe baza situaţiei constatate la sediul societăţilor bancare.

E: profitabilitatea şi rentabilitatea, în baza datelor înscrise în evidenţele contabile.

L: lichiditatea :

- capacitatea societăţilor bancare de a acoperi obligaţiunile curente de plată cu disponibilităţile existente;
- raportul dintre resurse şi plasamente în funcţie de termenele scadente.

Controlul valutar Agenţii economici, indiferent de forma de proprietate, care efectuează operaţiuni de import-export sunt obligaţi să efectueze operaţiuni cu valută prin băncile comerciale autorizate. BNR emite reglementări în acest sens cu privire la:

- efectuarea şi controlul tranzacţiilor valutare;
- emiterea autorizaţiei pentru transferul în străinătate; - tranzacţiile pe pieţele valutare.

Principalele obiective:

- plăţile externe, livrări în cadrul acreditivelor documentare şi scrisorile de garanţie;
- plăţi externe pentru mărfuri sosite în ţară;
- plăţi externe pentru mărfuri destinate revânzării;
- operaţiuni efectuate în valută efectivă;
- operaţiuni de schimb efectuate pentru p.f.

Controlul asupra operaţiunilor de casă efectuate de societăţile comerciale bancare are în vedere următoarele obiective:

- verificarea autorizaţiei de funcţionare;
- amplasarea şi dotarea tehnică;
- asigurarea securităţii încăperii;
- organizarea şi funcţionarea caselor de circulaţie;
- organizarea şi funcţionarea caselor operative etc.

2. Situaţia în ansamblu a sistemului bancar

Acest lucru are profunde implicaţii atât pentru bănci cât şi pentru pieţele de capital, astfel *calitatea portofoliilor de credit este înrăutăţită, iar creşterea pieţei de capital este întârziată.* Băncile şi-au schimbat numai minimal structura portofoliilor de credite şi au continuat să ruleze credite la clienţii tradiţionali. Chiar dacă bilanţul băncilor pare sănătos în termeni contabili, aceasta este în parte deoarece băncile au fost reţinute în extinderea creditului,

traditional customers. Even if banks' balance sheet seems sound in accounting terms, this is also due to the fact that banks have been rather reluctant to extend credit, choosing to focus more on fee income than on interest rate income. Banks have behaved in this manner due to the economic recession, leading to the worsening of debtors' behaviour as regards paying back their loans and generating more corruption. The persistence of distortions in the real sector, the fluctuations of interest rates and exchange rates of the national currency as well as of prices, all have been influencing the banking sector, negatively impacting upon banks' financial performance and the banking prudence ratios, namely by *going up of the weight of unearned income from interest and foreign exchange influences against total gross profit.*

The overall development of the banking system cannot be disconnected from the general standing of the national economy which has had to face major disfunctionalities, at microeconomic and macroeconomic level alike. The structural problems in the real sector have had a negative impact upon banks' loan portfolio quality, particularly on those exposed to certain sectors. The share price of the banks operating in Romania has been affected by the country rating given by specialized international agencies, with implications on the cost of resources.

Target

Banking strategy pertains to the nature and major transformations happening in the global banking sector. In drawing up a *development strategy*, one must contemplate the current situation and the future market trends, as well as certain factors considered sustainable in the future, namely:

- To continue *developing some mechanisms specific to a market economy.*
- *To improve the legal framework* adequate for these mechanisms. The start of *re-launching economic growth.* The promotion of some financial and structural policies meant to: *curb inflation, grow the annual volume of foreign direct investments, and progressively decrease the deficit of the trade balance.*
- *To accelerate the process of economic integration into the European structures.* The National Securities Commission plays a more active role in supporting some stricter *transparency requirements for companies listed on the BSE and maybe on the RASDAA.* To invite some international rating agencies and brokerage houses with expertise in company assessment would help the *setting up of rating agencies in Romania;* this would contribute to the dissemination of company information and would help these firms to raise capital on the market. The setting up of a government or quasi-government agency which would help the *development of a secondary mortgage market.* To accelerate the process of industrial restructuring and investment in infrastructure in order to create *new opportunities for insurance companies. To correct the economic misbalances among regions,* reduce and prevent regional gaps. *To consolidate the relations* with international financial and banking institutions and access external financing under favourable terms.
- *To review banking legislation* and its aligning to the Community legislation together with the *elimination of legal ambiguities* which stymie the supervision capacity of the NBR, to improve corporate governance and the capitalization of the industrial sector, with ongoing focus on *macroeconomic stabilization*; to carefully examine the regulatory and safety system associated with *universal banking*; to improve direct supervision and the preparation of the NBR, to relate the inspection frequency to banks' capital; to continually develop the government securities market; to tighter *regulate and supervise*

alegând să se concentreze mai curând pe venitul din comision decât pe cel din rata dobânzii. Băncile s-au comportat astfel datorită prăbuşirii economice, conducând la înrăutăţirea comportamentului debitorilor privitor la restituirea creditelor primite şi la creşterea corupţiei. Menţinerea distorsiunilor în sectorul real, fluctuaţiile ratelor dobânzilor, ale cursului de schimb al monedei naţionale, precum şi ale preţurilor ce îşi pun amprenta asupra sectorului bancar, influenţând negativ performanţele financiare ale băncilor şi indicatorii de prudenţă bancară în sensul *creşterii ponderii veniturilor nerealizate din dobânzi şi din influenţe de curs valutar in totalul profitului brut.*

Evoluţia de ansamblu a sistemului bancar nu poate fi detaşată de situaţia generală a economiei naţionale, care s-a confruntat cu disfuncţionalităţi majore, atât la nivel microeconomic, cât şi macroeconomic. Problemele structurale din sectorul real au avut un impact negativ asupra calităţii portofoliului de credite al băncilor, îndeosebi al acelora expuse sectorial. Afectarea cotaţiilor băncilor active în România de către rating-ul de ţară apreciat de agenţiile internaţionale specializate, cu implicaţii asupra costului resurselor.

Ţinta

Strategia bancară ţine de natura şi transformările majore intervenite în sectorul bancar mondial. În elaborarea *strategiei de dezvoltare* se va ţine seama de situaţia actuală şi de tendinţele viitoare, de conjunctură, precum şi de anumiţi factori consideraţi durabili şi de viitor:

- Continuarea *dezvoltării unor mecanisme specifice economiei de piaţă.*
- *Perfecţionarea cadrului legislativ* adecvat acestor mecanisme. Începerea relansării creşterii economice. Promovarea unor politici financiare şi structurale destinate: *reducerii inflaţiei; creşterii volumului anual al investiţiilor străine directe; diminuării progresive a deficitului balanţei de plăţi comerciale.*
- *Accelerarea procesului de integrare economică în structurile europene.* CNVM să joace un rol mai activ în susţinerea unor mai stricte *cerinţe de transparenţă pentru firme listate la BVB şi eventual RASDAA.* Invitarea unor agenţii de cotare internaţionale şi case de brokeraj cu experienţă în evaluarea companiilor să ajute *la înfiinţarea unor agenţii de cotare în România*; aceasta ar contribui la diseminarea informaţiilor despre firme şi ar ajuta aceste firme să obţină capital pe piaţă. Înfiinţarea unei agenţii guvernamentale sau cvasi-guvernamentale care să ajute *la dezvoltarea unei pieţe secundare ipotecare.* Accelerarea procesului de restructurare industrială şi a investiţiilor de infrastructură pentru crearea de *noi oportunităţi pentru companii de asigurări. Corectarea dezechilibrului economic dintre regiuni,* reducerea şi prevenirea decalajelor regionale. *Consolidarea relaţiilor* cu instituţiile financiar-bancare internaţionale şi accesul la finanţarea externă în condiţii avantajoase.
- *Revizuirea legislaţiei bancare* şi alinierea acesteia la legislaţia comunitară şi *înlăturarea ambiguităţilor legislative* care obstrucţionează capacitatea de supervizare a BNR, îmbunătăţirea conducerii corporative, capitalizarea în sectorul industrial şi continuarea accentului pe *stabilizarea macroeconomică*; examinarea atentă a sistemului de reglare şi siguranţa asociat cu *universal banking*; îmbunătăţirea supervizării directe şi pregătirii BNR şi legarea frecvenţei inspecţiilor de capitalul băncilor; continuarea dezvoltării pieţei de titluri guvernamentale. *Întărirea reglementării şi supervizării pieţei de*

the capital market, to improve the information about companies listed on the BSE and RASDAA, to attract foreign investors, including portfolio investments.

The NBR should focus on well-devised prudential regulations, providing safety and incentives, including a revised set of capital norms; the re-examination of the price scheme of deposit insurance; the gradual elimination of as many prudential regulations as possible motivated by socio-political agendas; concentration on *functional regulations* (rather than institutional ones) for different financial institutions.

3. Proposals of legal amendments and new regulations

To consider the developments and trends of the market economy in business, to regulate the institution of the *business transfer*, so that via a single legal act to be able to transmit all the elements which make up the respective business. To regulate distinctly the institution of the *bank letter of guarantee* and of the *letter of intention and comfort*. To regulate in detail the *pledge on goodwill*. In order to facilitate receivables work out and protect the overall banking system against the default risk of receivables, to regulate the possibility of an exchange of information among banks as regards debtors under litigation. Even more than that: to initiate legal amendments in order to enhance creditors' protection, but particularly the protection of those which are credit institutions, via control tools such as:

- The compulsoriness to submit the agreement of the bank when alienating shares or social parts in a company when registering it with the Trade Registrar;
- To introduce sanctions applicable personally and to the same extent to administrators and associates for taking out from a company's patrimony important assets (real estate, inventory) without the agreement of hedged creditors.

English version by Flavia Toader, PhD

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

capital, îmbunătăţirea informaţiei despre firmele cotate la BVB şi RASDAA, atragerea investitorilor străini inclusiv a investiţiilor de portofoliu.

BNR trebuie să se concentreze pe reglementări prudenţiale bine concepute care furnizează siguranţă şi stimulare, inclusiv un set revizuit de norme de capital, reexaminarea schemei de preţ a asigurării de depozit; înlăturarea gradată a cat mai multor reglementări prudenţiale care sunt motivate de agende socio-politice; concentrarea pe *reglementări funcţionale* (mai curând decât instituţionale) pentru diferite instituţii financiare.

3. Propuneri de modificări legislative şi reglementări noi

Având în vedere evoluţia şi tendinţele economiei de piaţă în domeniul afacerilor, să se reglementeze instituţia *cesiunii de afaceri*, astfel ca printr-un singur act juridic să se poată face transmiterea tuturor elementelor care compun respectiva afacere. Reglementarea distinctă a instituţiilor *scrisorii de garanţie bancară*, *scrisorii de intenţie şi de confort*. Reglementarea detaliată a *gajului pe fondul de comerţ*. În scopul facilitării recuperării creanţelor şi a protejării sistemului bancar în ansamblu împotriva riscului de neplată a creanţelor să se reglementeze posibilitatea schimbului de informaţii între bănci în ce priveşte debitorii litigioşi. Mai mult decât atât: iniţierea de modificări legislative în scopul creşterii protecţiei creditorilor, dar mai ales a acelora de tip instituţie de credit, prin pârghii de control de tipul:

- obligativitatea prezentării acordului băncii la înstrainarea acţiunilor sau părţilor sociale dintr-o societate la momentul înregistrării acesteia în Registrul Comerţului;
- introducerea de sancţiuni aplicabile personal şi în aceeaşi măsură administratorilor şi asociaţilor pentru scoaterea din patrimoniul societăţilor a unor active semnificative (bunuri imobile, stocuri) fără acordul creditorilor garantaţi.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Insolvency and its effects in the relationship economic agents – credit institutions

Roxana MUSOI
Director, Legal Department
MKB Romexterra Bank

1. Introduction and topic presentation
2. Applicable law texts
3. Authors. Relevant doctrine
4. Conclusion considering the dispositions of Art. 127 of Law 85/2006 on insolvency procedure
5. Remedies. Claim declaration

1. Introduction and topic presentation

Lately, especially due to the global economic crisis, the economic relations among trading companies have been deteriorating considerably, because of companies' impossibility to honour their obligations undertaken in different contracts.

The worsening of the economic environment has had certain effects – including on the lending relations between trading companies and financing credit institutions, followed by a prudent assessment and the banks' maintaining their existing credit exposures.

All this has created the prerequisites for a financial blockage which has generated the situation in which trading companies – that had with different credit institutions under deployment some lending agreements/collateral agreements for the issuance of letters of guarantee and/or letters of credit, be declared generally insolvent, while credit institutions be in the position to hold an irrefutable, liquid but non-exigible claim, or a claim affected by a condition that was not fulfilled by the date of registering the final report.

Hereinafter, we shall detail upon the claims not yet at maturity and the claims affected by conditions at the creditors' table as regulated by the dispositions of Law no. 85/2006 on insolvency procedure:

- Claims under condition precedent are the claims whose birth depends upon the fulfilment of a future and uncertain event happening.
- The subsequent condition considers a future and uncertain happening, upon whose carrying out depends the paying off of the claim right.
- Claims affected by a time limit are the claims which are born, but whose execution takes place at the carrying out of a certain event on a certain date, an event which this time is a future event that shall certainly happen.
- By claims not yet at their settlement date, according to banking practice, we shall understand, for instance, loans not yet maturing on the date of opening the general

BCU "ALEXANDRU IOAN CUZA" UNIVERSITY LIBRARY

Insolvența și efectele ei în relația agenților economici cu instituțiile de credit

Roxana MUSOI
Director, Direcția Juridică
MKB Romexterra Bank

1. Introducere și prezentarea problemei
2. Texte de lege incidente
3. Autori. Doctrină relevantă
4. Concluzie în raport de dispozițiile art. 127 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței
5. Remedii. Declarația de creanță

1. Introducere si prezentarea problemei

În ultima perioadă, în special datorită crizei economice mondiale, relațiile economice dintre societățile comerciale s-au deteriorat considerabil datorită imposibilității onorării obligațiilor asumate contractual de acestea.

Înrăutățirea mediului economic și-a făcut simțite efectele, inclusiv în relațiile de creditare între aceste societăți comerciale și instituțiile de credit finanțatoare, urmată de o prudență în evaluarea și menținerea expunerilor de credit deja existente.

Toate acestea au creat premisele unui blocaj financiar care a generat situația în care societăți comerciale care aveau în derulare la diferite instituții de credit contracte de credit/acorduri de garanție pentru eliberarea de scrisori de garanție și/sau acreditive să fie declarate în stare de insolvență generală, iar instituțiile de credit să fie în situația de a deține o creanță certă, lichidă, dar neexigibilă sau afectată de o condiție care nu s-a împlinit până la data înregistrării raportului final.

În cele ce urmează, vom detalia înscrierea creanțelor nescadente și a celor afectate de condiție la masa credală în concepția reglementată de dispozițiile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței:

- Creanțele sub condiție suspensivă sunt acele creanțe a căror naștere depinde de realizarea unui eveniment viitor și nesigur că se va produce.
- Condiția rezolutorie are în vedere un eveniment viitor și nesigur că se va produce de îndeplinirea căruia depinde stingerea dreptului de creanță.
- Creanțele afectate de termen sunt acele creanțe care sunt născute, dar a căror executare are loc la îndeplinirea unui anumit termen, care de această dată este un eveniment viitor și sigur că se va produce.
- Prin creanțe nescadente conform practicii bancare vom înțelege, cu titlu de exemplu, creditele nescadente la data deschiderii procedurii insolvenței generale, temporal, mai

insolvency procedure, and to be more precise, on the date when the court pronounces the conclusion/the opening of the insolvency procedure.

- By a claim affected by a condition in banking practice we mean, for instance, the case of letters of guarantee non-executed by the beneficiary, representing a claim affected by a potential condition precedent of the credit institution before the originator of the letter of guarantee, respectively the trading company which is insolvent or affected by a subsequent condition, respectively the ending of the validity period of the letter of guarantee.

We should also consider claims under condition the claims which can be realized against the debtor only after the execution of a main co-debtor.

We can identify a major risk for the lenders who have upon debtors an irrefutable, liquid claim right, but the claim is non-exigible or is affected by a condition – although they are temporarily admitted in the claim list, namely the risk of not being paid.

Such a situation means that there are no practical effects as regards the registration in the list, including the petition to accept the claim – despite the fact that it is formulated within the procedural time limit and fulfils the specific substance and format conditions.

2. Applicable law texts

The provisions of art. 64 indents 4 and 5 of Law no. 85/2006 on insolvency procedure regulate also the claims affected by a time limit or by a condition, stipulating a legal regime common to them, via their temporary registration in the claim list.

According to the dispositions of art. 127 in Law no. 85/2006 on insolvency procedure, provisions must be established at partial distributions, namely proportional amounts of money due to lenders whose claims are subject to a condition precedent not yet realized and also proportional amounts of money due to the claims accepted temporarily (pt. 1 and pct. 3).

The possible consequence of enforcing the corroborated dispositions of art. 64 ind. 4 and art. 127 is that, peremptorily, only those claims which are irrefutable, liquid and exigible are registered in the claim list. Irrefutable, liquid but non-exigible claims are accepted on the list on temporary basis.

The claims not yet at their settlement date or the claims affected by a condition are treated in a similar manner by the provisions of art. 127 in Law no. 85/2006 on insolvency procedure (point 1 and point 3) meaning that, during distribution, the amounts of money shall be provisioned.

Art. 129 in Law no. 85/2006 on insolvency procedure, under indent 3, sets forth that, at the final distribution, we shall not have the *claims still under condition, while as regards the claims affected by a time limit nothing is mentioned.*

3. Authors. Relevant doctrine

The French doctrine and jurisprudence make the distinction between claims having their origin before the procedure opening and the claims born after the procedure opening.

exact la momentul pronunţării de către instanţă a încheierii/sentinţei de deschidere a procedurii insolvenţei.

- Prin creanţa afectată de condiţie în practica bancara vom înţelege, de exemplu cazul scrisorilor de garanţie neexecutate de către beneficiar care reprezintă o creanţă afectată de condiţie suspensivă – potenţială a instituţiei de credit faţă de ordonatorul scrisorii de garanţie, respectiv societatea comercială află în insolenţă sau afectată de condiţie rezolutorie, respectiv împlinirea termenului de valabilitate a scrisorii de garanţie.

Sunt considerate sub condiţie şi acele creanţe care pot fi valorificate împotriva debitorului numai după executarea unui codebitor principal.

Putem identifica un risc major pentru creditorii care deţin asupra debitorului un drept de creanţă cert, lichid, dar neexigibil sau afectat de condiţie, deşi sunt admişi provizoriu în tabelul de creanţe, să nu se îndestuleze.

O asemenea situaţie lipseşte de efecte practice înscrierea în tabel, inclusiv cererea de admitere a creanţei, cu toate ca aceasta este formulată în termen procedural şi îndeplineşte condiţiile de fond şi de formă specifice.

2. Texte de lege incidente

Dispoziţiile art. 64 alin. (4) şi (5) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei reglementează şi ipoteza creanţelor afectate de termen sau condiţie prevăzând un regim juridic comun al acestora, în sensul înscrierii lor provizorii în tabelul de creanţe.

Potrivit dispoziţiilor art. 127 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei se aprovizionează cu ocazia distribuţiilor parţiale, sume proporţionale datorate creditorilor ale căror creanţe sunt supuse unei condiţii suspensive care nu s-a realizat încă şi sume proporţionale datorate creanţelor admise provizoriu (pct. 1 şi pct. 3).

Consecinţa posibilă a aplicării dispoziţiilor coroborate ale art. 64 alin. (4) şi art. 127 este aceea că, în tabelul de creanţe sunt înscrise definitiv doar acele creanţe care sunt certe, lichide şi exigibile. Creanţele certe, lichide dar neexigibile sunt admise provizoriu în acest tabel.

Creanţele nescadente sau afectate de o condiţie sunt tratate similar de dispoziţiile art. 127 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei (pct. 1 şi pct. 3) în sensul că, în cadrul distribuirii, sumele se vor proviziona.

Art. 129 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei, la alin. 3, stabileşte regula că nu vor participa la distribuţia finală *creanţele care vor fi încă sub condiţie, iar cu privire la creanţele afectate de termen nu se stabileşte nimic.*

3. Autori. Doctrina relevantă

Doctrina şi jurisprudenţa franceză au distins între creanţele având originea anterioară deschiderii procedurii şi creanţele născute anterior deschiderii procedurii.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

As regards the Romanian doctrine, in essence we mention the following:

- „determining the previous or posterior nature of a claim against the date of the procedure opening is solved function of the date the claim is born, and not function of its origin;
- according to the author, when bankruptcy is declared, all claims should become exigible in order to participate to the distribution[23]".
- „Art. 64 indent 4 in Law no. 85/2006 mentions that: „these two categories of claims – not yet at their settlement date or under condition – shall be accepted temporarily at the creditors table, but shall be entitled to participate to the distributions of amounts of money to the extent to which their presence is allowed by law". In order to participate to the distribution, „either the condition must be fulfilled or they must mature by the date of registering the final report in order to be able to participate to the last amount of money distribution[24]".

„The lender whose claim is still uncertain cannot promote an action to open the insolvency procedure, as his claim does not observe the three conditions imposed via the provisions of art. 3 pt. 6 in Law no. 85/2006 on the insolvency procedure, namely the character of irrefutable, liquid and exigible claim older than 30 days.

Considering the above, we acknowledge the pertinent limitation imposed to such a lender, though the rights of this lender to collect his claim in the insolvency procedure are not affected[25]".

The insolvency procedure having a consensual, collective and equalizing character, supposes the settlement of all claims, including those affected by treatments, time limits or conditions. The claims not yet at their settlement date or those under condition on the date the procedure is opened shall be temporarily accepted at the creditors table. If they mature or the condition is realized after the start of the procedure – namely during the insolvency process, claims acquire the legal regime of common claims that mature.

We have to remark that, according to art. 127 and art. 128 in this law, the claims affected by treatments shall be provisioned, in a bank, in a special deposit account, until their situation is clarified. This fate belongs to the claims under condition precedent which was not fulfilled yet, since claims subject to a time limit – thus not yet maturing, shall be paid off observing the rules of exigible claims.

4. Conclusion considering the dispositions of Art. 64 corroborated with Art. 127 of Law 85/2006 on insolvency procedure

Considering the provisions of art. 64 indent 4 claims not yet at their settlement date or those affected by condition shall be temporarily registered in the claim list of the insolvent debtor.

According to the provisions of art. 127, these claims shall be provisioned on the occasion of partial distribution.

[23] I. Turcu, *Law on insolvency procedure. Comments on articles.* Ed. C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2007, p. 289.

[24] I. Adam, C.N. Savu, *Law on insolvency procedure. Comments and explanations*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest 2006, p. 733-734.

[25] S.D. Cărpenaru, V. Nemeş, M.A. Hotca, *The New Law on Insolvency. Comments on articles*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2006, p. 205-206.

Cât priveşte doctrina românească, aceasta a reţinut în esenţă următoarele:

- „determinarea naturii anterioare sau posterioare a unei creanţe faţă de data deschiderii procedurii se rezolvă în raport de data naşterii creanţei, si nu în raport de originea acesteia;
- în opinia autorului, odată cu intrarea în faliment, toate creanţele ar trebui să devină exigibile pentru a participa la distribuţie[23]".

„Art. 64 alin. (4) din Legea nr. 85/2006 *statuează că aceste două categorii de creanţe – nescadente sau sub condiţie – vor fi admise provizoriu la masa credală, însă vor fi îndreptăţite să participe la distribuiri de sume în măsura îngăduită de prezenta lege.* Pentru a participa la distribuire, *fie trebuie îndeplinită condiţia, fie trebuie să fie scadente până la data înregistrării raportului final pentru a putea participa la ultima distribuire de sume.*

Creditorul a cărui creanţă este încă în incertitudine nu are calitatea de a promova o acţiune în deschiderea procedurii de insolvenţă, creanţa pe care o deţine neîndeplinind cele trei condiţii impuse prin prevederile art. 3 pct. 6 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei şi anume caracterul de creanţă certă, lichidă, exigibilă şi mai veche de 30 de zile.

În baza celor expuse mai sus, considerăm pertinentă limitarea impusă unui asemenea creditor, fără, însă, a-i fi afectate drepturile respectivului creditor de a-şi recupera creanţa în cadrul procedurii insolvenţei[24]".

„Procedura insolvenţei având caracter consensual, colectiv şi egalitar, presupune satisfacerea tuturor creanţelor, inclusiv a celor afectate de modalităţi, termene sau condiţii. Creanţele nescadente sau sub condiţie, la data deschiderii procedurii, vor fi admise provizoriu la masa credală. Dacă scadenţa se împlineşte sau condiţia se realizează după declanşarea procedurii, adică pe parcursul procesului de insolvenţă, creanţele dobândesc regimul juridic al creanţelor scadente, obişnuite.

(...) facem menţiunea că, potrivit art. 127 şi art. 128 din prezenta lege, creanţele afectate de modalităţi vor fi provizionate, păstrându-se la bancă, într-un cont special de depozit, până ce situaţia lor va fi lămurită. Această soartă o au, însă, creanţele sub condiţie suspensivă, care nu s-a realizat încă, deoarece creanţele supuse unui termen, deci nescadente, vor fi plătite după regulile creanţelor exigibile[25]".

4. Concluzie în raport de dispoziţiile art. 64 coroborat cu art. 127 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei

În temeiul prevederilor art. 64 alin. (4) creanţele nescadente sau cele afectate de condiţie vor fi înscrise provizoriu în tabelul de creanţe al debitorului insolvent.

Conform prevederilor art. 127 aceste creanţe vor fi provizionate cu ocazia distribuţiilor parţiale.

Ca şi concluzie, în ipoteza în care respectivele creanţe devin scadente integral până la închiderea procedurii sau nu mai sunt condiţionate suspensiv, creditorii se vor îndestula integral.

[23] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenţei. Comentarii pe articole*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti 2007, p. 289:

[24] I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenţei. Comentarii şi explicaţii*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti 2006, p. 733-734.

[25] S.D. Cărpenaru, V. Nemeş, M.A. Hotca, *Noua lege a insolvenţei. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2006, p. 205-206.

As a conclusion, if we assume that the respective claims mature in full by the date the procedure is closed or if they are nor under conditions precedent, lenders shall be fully reimbursed.

The claims existing under a condition not fulfilled by the date of the last report shall not be paid off considering the provisions of art. 129 indent 3 which forbid expressly this distribution.

As regards the claims affected by time limits, though we do not see it *expresis verbis*, we could say, reasonably for that matter, that these claims which are affected by time limits can participate to the final distribution.

5. Remedies. Claim declaration

The risks of practical efficiency in registering in the temporary list the claims not yet at their settlement date or the claims affected by a time limit can be prevented concretely via two ways of action, namely by formulating a petition for the claim acceptance, as follows:

a) The claim can be declared as being irrefutable, liquid and exigible; its exigibility is to be supported by:

- Enforcing the provisions of art. 1025 C.C., dispositions which set forth the fact that „the debtor cannot claim the benefit of the time limit in case of insolvency or when, due to his action, he limited the safety nets given to his lender via a contract".
- The provisions of the funding contract in the case, for instance, of credit institutions which grant the possibility to accelerate payments if insolvency procedures are opened.

b) If a debtor's reorganising plan is promoted and this plan fails for some reason or other, under the conditions of art. 107 in Law no. 85/2006, the claims accepted temporarily must become and are peremptory and mature on the date of opening the bankruptcy procedure, observing the legal requirements applicable, and the exigibility is to be motivated considering the same dispositions of art. 1025 C.C., provisions that do not give the debtor the right to claim the benefit of a time limit, his obligation maturing precisely because of his bankruptcy.

As a final conclusion, in any of the variants mentioned above, the amounts of money mature and can participate to the distribution.

English version by Flavia Toader, PhD

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Creanţele existente sub condiţie a căror condiţie nu s-a împlinit până la ultimul raport nu se vor îndestula având în vedere prevederile art. 129 alin. 3 care interzice expres aceasta distribuţie.

Cu privire la creanţele afectate de termen, deşi nu rezultă expresis verbis, se poate susţine în mod rezonabil că aceste creanţe care sunt afectate de termen pot participa la distribuţia finală.

5. Remedii. Declaraţia de creanţă

Riscurile lipsirii de eficienţă practică a înscrierii în tabelul provizoriu al creanţelor nescadente sau afectate de termen poate fi prevenit în concret prin două modalităţi de acţiune în sensul formulării cererii de admitere a creanţei în sensul următor:

a) se poate declara creanţa ca fiind certă, lichidă şi exigibilă, exigibilitatea urmând a fi susţinută prin:

- aplicarea dispoziţiilor art. 1025 C. civ., dispoziţii care prevăd faptul că: „Debitorul nu mai poate reclama beneficiul termenului când este căzut în deconfitură sau când, cu fapta sa, a micşorat siguranţele ce prin contract dăduse creditorului său", prin *deconfitură* înţelegând starea de insolvabilitate;
- prevederile contractului de finanţare în cazul instituţiilor de credit de exemplu care dau posibilitatea accelerării plăţilor în ipoteza deschiderii procedurii insolvenţei.

b) în situaţia în care se promovează un plan de reorganizare a debitorului, iar acest plan eşuează dintr-un motiv sau altul în condiţiile art. 107 din Legea nr. 85/2006, creanţele admise provizoriu trebuie să devină şi sunt definitive şi scadente la data deschiderii procedurii falimentului, fiind îndeplinite cerinţele legale în acest sens, exigibilitatea urmând a fi motivată prin prisma aceloraşi dispoziţii ale art. 1025 C. civ. dispoziţii care nu îi permit debitorului dreptul de a mai reclama beneficiul termenului, obligaţia sa devenind scadentă prin chiar intrarea în faliment.

Ca şi concluzie, în oricare din variantele expuse mai sus, sumele devin scadente şi pot participa la distribuţie.

BCU IAŞI / CENTRU UNIVERSITAR LIBRARY

Subordinated loan – a credit institutions recapitalization tool

Adrian DUMITRESCU
National Bank of Romania

1. Legal framework

The legal framework establishing conditions to be met by subordinated loan contracts in order to be included in the category of credit institutions own funds is given by Regulation no. 18/23/2006 on credit institutions and investment firms own funds issued by the National Bank of Romania and the National Securities Commission. According to Regulation no. 18/23/2006, the composition of tier 1 own funds is made of capital subscribed and paid up, capital earned premiums, legal reserves, statutory and other reserves, net profit of the last financial year.

The tier 2 own funds shall be classified in basic tier 2 own funds and additional tier 2 own funds. The basic tier 2 own funds include securities for an indefinite period and other instruments of the same nature and cumulative preferential shares for an indefinite period. Additional tier 2 own funds include fixed-term cumulative preferential shares and subordinated loan capital.

2. Conditions

Of all the provisions of Regulation nr. 18/23/2006 results that to be eligible for inclusion under additional tier 2 own funds, subordinated loan contracts must meet the following conditions: a) contain the mandatory clauses provided by the Regulation nr. 8/23/2006; b) not to include those clauses expressly forbidden by the Regulation.

2.1. Mandatory clausesa) Subordination clause

According to art. 16. 1 of the Regulation, subordinated loan capital may be included in additional own funds only if, according to National Bank of Romania, firm contractual obligations ensure that in case of bankruptcy or liquidation of the credit institution, the claims of subordinated creditors shall rank under the claims of all other creditors and will not be repaid until all other debts were paid. Thus, the subordination clause is that clause which expressly provides that the subordinated creditor claims are junior to all non-subordinated creditors. In the event of liquidation of the credit institution, subordinated creditors must not receive or retain any amounts or assets until all non-subordinated creditors have been paid or compensated in full [art. 17 par. 2 a)].

The creditor in such a contract is usually the parent of a credit institution or an international financial institution and the purpose of these contracts is often explicitly stated

BCU CLUJ / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Împrumutul subordonat la termen – instrument de recapitalizare a instituțiilor de credit

Adrian DUMITRESCU
Banca Națională a României

1. Cadrul legal

Cadrul legal în materia condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească contractele de împrumut, subordonat în scopul includerii în categoria fondurilor proprii ale instituțiilor de credit, îl constituție Regulamentul Băncii Naționale a României și al Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare nr. 18/23/2006 privind fondurile proprii ale instituțiilor de credit și ale firmelor de investiții.

Potrivit dispozițiilor Regulamentului nr. 18/23/2006, în componența fondurilor proprii de nivel 1 intră capitalul social subscris și vărsat, primele de capital integral încasate, rezervele legale, statutare și alte rezerve, profitul net al ultimului exercițiu financiar.

Fondurile proprii de nivel 2 se clasifică în fonduri proprii de nivel 2 de bază și fonduri proprii de nivel 2 suplimentar. În categoria fondurilor proprii de nivel 2 de bază intră titlurile pe durată nedeterminată și alte instrumente de aceeași natură, precum și acțiunile preferențiale cumulative pe durată nedeterminată. Din categoria fondurilor proprii de nivel 2 fac parte acțiunile preferențiale cumulative pe durată determinată și capitalul sub formă de împrumut subordonat.

2. Condiții

Din ansamblul dispozițiilor Regulamentului nr. 18/23/2006 rezultă că, pentru a fi eligibile la includerea în categoria fondurilor proprii de nivel 2 suplimentar, contractele de împrumut subordonat trebuie să îndeplinească următoarele condiții: a) să conțină clauzele obligatorii prevăzute de Regulament; b) să nu cuprindă acele clauze pe care regulamentul le interzice în mod expres.

2.1. Clauze obligatorii

a) Clauza de subordonare

Potrivit art. 16 alin. (1) din Regulament, capitalul sub formă de împrumut subordonat poate fi inclus în fondurile proprii de nivel 2 suplimentar numai dacă, în opinia Băncii Naționale a României, obligațiile contractuale ferme asigură că în cazul falimentului sau lichidării instituției de credit, acestea au un rang inferior în raport cu creanțele tuturor celorlalți creditori și că nu vor fi rambursate decât după ce toate celelalte datorii nerambursate la acea dată au fost achitate.

Așadar, clauza de subordonare reprezintă acea clauză prin care se prevede în mod expres faptul că creanțele creditorului subordonat au rang inferior față de toți creditorii nesubordonați. În caz de lichidare a instituției de credit, creditorii subordonați nu trebuie să poată primi sau reține orice sume sau active până când toți creditorii nesubordonați au fost plătiți sau despăgubiți în întregime [art. 17 alin. (2) lit. a)].

Creditorul într-un astfel de contract subordonat este, de regulă, societatea mamă a instituției de credit sau o instituție financiară internațională, iar scopul acestor contracte este adesea precizat expres ca fiind includerea sumelor în fondurile proprii ale instituției de credit.

as the including of the amounts in the credit institution own funds. According to art. 38 of the Government Ordinance no. 10/2004 regarding the bankruptcy of credit institutions, claims will be paid for bankruptcy in the following order: 1. taxes, stamps and any other expenses related to bankruptcy proceedings, including expenses necessary for the preservation and administration of the property the debtor credit institution and pay the remuneration of persons employed in the law, including the liquidator; 2. claims arising from the debtor business after the opening of the procedure; 3. claims arising from employment relationships on more than 6 months prior to the opening of the procedure; 4. budgetary claims, Deposit Guarantee Fund claims and National Bank of Romania claims arising from loans granted to credit institutions; 5. claims arising from cash transactions, interbank operations, operations with clients, transactions in securities, other banking transactions as well as those resulting from delivery of goods, services or other work, the rents and other receivables unsecured; 6. subordinated debt in the following order of preference:

a) the legal person responsible for payment of loans granted by a partner or shareholder holding at least 10% of the capital, b) claims emerging from the documents free of charge; 7. shareholder credit institution bankrupt, that the claims of members of credit unions affiliated to the central body of credit unions in bankruptcy, arising from residual right quality, in accordance with legal and statutory provisions.

b) Waiving compensation clause By the waiving compensation clause, creditors waive their right to offset amounts owed to credit institution with the subordinated amounts owed to them by the credit institution [art. 17 par. 2 (b)]. Thereby, the goal of creating this obligation is to ensure that all assets are available to depositors before the bank subordinated creditors.

c) Cases of default Regulation no. 18/23/2006 provides in art. 17 par. 2 letter c) that parties in subordinated loan contracts may specify as cases of default only two situations: failure to pay interest or principal, and bankruptcy of the borrower. These provisions must be of restrictive interpretation, so that it can not be specified in the contract as cases of misconduct in the performance of contractual obligations the non-payment of other charges, costs or any other amount. Also, contractual provisions cannot stipulate as situations of default the voluntary liquidation of the debtor, insolvability or insolvency as long as it has not been given judicial decision to open bankruptcy proceedings under the provisions of Government Ordinance nr. 10/2004 regarding the bankruptcy of credit institutions. In case of misconduct cases, the Regulation imposes additional limitations for creditors in order for the amounts granted through subordinated loan to be included in tier 2 additional own funds: „the contract has to provide expressly that in case of failure to pay interest or principal creditor should not have other means than to ask the bankruptcy of the debtor, and if bankruptcy was declared, the lender will achieve his rights only within the liquidation proceedings". The purpose of these requirements is to protect depositors, so that subordinated creditors not to have the right to obtain legal completion of the claim before the bank enters into liquidation, thereby reducing the amounts available to depositors.

d) Original maturity of at least 5 years According to art. 16 par. 2 of the Regulation, the original maturity of subordinated loan contracts must be of at least 5 years.

Potrivit art. 38 din Ordonanţa Guvernului nr. 10/2004 privind falimentul instituţiilor de credit, creanţele vor fi plătite, în cazul falimentului, în următoarea ordine: 1. taxele, timbrele şi orice alte cheltuieli aferente procedurii falimentului, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea şi administrarea bunurilor din averea instituţiei de credit debitoare, precum şi plata remuneraţiei persoanelor angajate în condiţiile legii, inclusiv a lichidatorului; 2. creanţele rezultând din activitatea debitorului după deschiderea procedurii; 3. creanţele izvorâte din raporturi de muncă pe cel mult 6 luni anterioare deschiderii procedurii; 4. creanţele bugetare, creanţele Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar, precum şi creanţele Băncii Naţionale a României decurgând din credite acordate de aceasta instituţiei de credit; 5. creanţele decurgând din operaţiuni de trezorerie, din operaţiuni interbancare, din operaţiuni cu clientelă, din operaţiuni cu titluri, din alte operaţiuni bancare, precum şi din cele rezultate din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, din chirii, precum şi alte creanţe chirografare; 6. creanţele subordonate, în următoarea ordine de preferinţă: a) creditele acordate persoanei juridice debitoare de către un asociat sau acţionar deţinând cel puţin 10% din capitalul social; b) creanţele izvorând din acte cu titlu gratuit; 7. creanţele acţionarilor instituţiei de credit în faliment, respectiv creanţele membrilor cooperatori ai cooperativelor de credit afiliate casei centrale a cooperativelor de credit în faliment, derivând din dreptul rezidual al calităţii lor, în conformitate cu prevederile legale şi statutare.

b) Clauza de renunţare la compensare

Prin clauza de renunţare la compensare creditorii renunţă la dreptul lor de a putea compensa sumele pe care le datorează instituţiei de credit cu sumele subordonate datorate lor de către instituţia de credit [art. 17 alin. (2) lit. b)]. Scopul instituirii obligativităţii acestei clauze în contractele de împrumut subordonat este de a asigura că toate activele băncii sunt disponibile deponenţilor înaintea creditorilor subordonaţi.

c) Cazuri de culpă admisibile.

Regulamentul nr. 18/23/2006 prevede la art. 17 alin. (2) lit. c) că părţile în contractele de împrumut subordonat pot menţiona, fiind cazuri de culpă din partea debitorului, numai două situaţii: *neplata dobânzii sau a principalului, respectiv falimentul împrumutatului.*

Aceste prevederi fiind de strictă interpretare, rezultă că neplata altor taxe, costuri sau a oricărei alte sume în sol nu poate fi prevăzută în contract, drept caz de culpă în neîndeplinirea obligaţiilor. De asemenea, dispoziţiile contractuale nu pot stipula drept situaţii de culpă lichidarea voluntară a debitorului, insolvabilitatea sau insolvenţa acestuia atât timp cât nu a fost pronunţată hotărârea judecătorească de deschidere a procedurii falimentului potrivit dispoziţiilor Ordonanţei Guvernului nr. 10/2004 privind falimentul instituţiilor de credit.

În cazul realizării cazurilor de culpă, Regulamentul impune limitări suplimentare pentru creditori, condiţionând includerea sumelor acordate cu titlu de împrumut subordonat în fondurile proprii de nivel 2 suplimentar de existenţa în contract a unor prevederi exprese, în sensul că în caz de neplată a dobânzii sau a principalului creditorul nu trebuie să aibă la dispoziţie alt mijloc decât acela de a solicita falimentul debitorului, iar în cazul în care a fost deschisă procedura falimentului faţă de împrumutat, creditorul îşi va realiza drepturile numai în procedura de lichidare a debitorului.

Scopul acestor cerinţe îl constituie acela de a asigura protecţia deponenţilor, astfel încât creditorii subordonaţi să nu aibă dreptul de a obţine în justiţie realizarea creanţei înainte ca banca să intre în lichidare, reducând astfel sumele disponibile pentru deponenţi.

d) Scadenţa iniţială de cel puţin 5 ani

Potrivit art. 16 alin. (2) din Regulament, scadenţa iniţială a contractelor de împrumut subordonat trebuie să fie de cel puţin 5 ani.

2.2. Prohibited clauses

a) Early reimbursing of debt Correlative with the obligation under art. 16 par. 2 stating that the original maturity of subordinated loan contracts must be of at least 5 years, the Regulation sets in art. 17 par. 1 letter b) that it shall not be possible to include in the contract clauses which may lead to early repayment of debt.

b) Increase the initial cost According to art. 17 par. 1 letter b) of the Regulation, the contract must not contain clauses which may increase the initial cost of the debt. In cases of culpable failure of contractual obligations, the creditor is entitled to additional compensation which can be claimed only in bankruptcy or liquidation proceedings and will receive additional compensation only in the same time with the main claim, after all other claims.

c) Cross default clause By this clause the parties agree that the contractual obligations of the debtor are considered in default if any other loan of the debtor falls in default. The prohibition of such clauses in subordinated loan contracts aims to protection of other creditors by preventing a creditor to gain advantage over others by obtaining in justice accomplishment of his claim. **d)** *Negative pledge clause* Negative pledge clause is the clause by which the parties agree to consider a case of collateral misconduct by the debtor credit institution on any of its assets to bonds or other debt securities.

3. Clauses allowed

a) Conversion clause Although Regulation no. 18/23/2006 does not expressly provides so, the parties may provide for the transformation of the subordinated loan capital at any time onwards from the moment the contract has been signed. In this way, tier 2 additional capitals can be converted into another form of higher capital. Conversions can be made at any time during the contract, even before the passage of a period of 5 years from signing the contract. Conversions can be mandatory or only at the option of the investor. This clause is not considered to be an early repayment of the loan.

b) Clause on the applicable law Regulation no. 18/23/2006 does not include any reference to conditioning the inclusion of subordinated loan contracts in the category of credit institutions' own funds of any provision regarding the law applicable to the contract. As such, it shall be applicable the general provisions in this matter, namely the Law no. 105/1992 regulating the relations of private international law regulating, which at art. 103 states that in case of the lack of law agreed by the parties, it shall be applicable: (...) c) in banking contracts, including the autonomous bank guarantee, the law of the country where the creditor headquarters is based, or, in relations between the two banks, the law of the bank providing the service to the other.

BCU IAȘI - BIBLIOTECA UNIVERSITARĂ

2.2. Clauze interzise

a) Clauze de rambursare anticipată a datoriei

Corelativ cu obligaţia prevăzută la art. 16 alin. (2), conform căreia scadenţa iniţială a contractelor de împrumut subordonat trebuie sa fie de cel puţin 5 ani, Regulamentul stabileşte la art. 17 alin. (1) lit. b) că în contract nu pot fi incluse clauze care pot conduce la rambursarea anticipată a datoriei.

b) Creşterea costurilor iniţiale.

Potrivit art. [17 alin. (1) lit. b)] din Regulament, contractul nu trebuie să conţină clauze care pot conduce la creşterea costurilor iniţiale ale datoriei. În cazuri de neîndeplinire culpabilă a obligaţiilor contractuale, creditorul are dreptul la despăgubiri suplimentare care pot fi pretinse doar în cadrul procedurilor de faliment sau lichidare şi se vor încasa odată cu creanţa principală, în urma tuturor celorlalte creanţe

c) Clauza cross default

Clauza *cross default* reprezintă clauza de declarare simultană a exigibilităţii obligaţiilor ca urmare a neîndeplinirii culpabile a uneia dintre ele. Prin această clauză, părţile convin că obligaţiile contractuale aferente datoriei subordonate sunt considerate a fi neîndeplinite din culpa debitorului, dacă oricare alt împrumut al acestuia intră în stare de nerambursare.

Interdicţia prevederii unei asemenea clauze în contractele de împrumut subordonat urmăreşte protecţia altor creditori prin împiedicarea unei creditor să obţină avantaj asupra altora, obţinând în justiţie realizarea integrală a creanţei.

d) Clauza de gaj negativ (negative pledge)

Clauza de gaj negativ este acea clauză potrivit căreia părţile convin să considere ca fiind un caz de culpă constituirea de garanţii de către instituţia de credit debitoare asupra oricăruia dintre activele sale pentru obligaţiuni, titluri sau alte datorii.

3. Clauze permise

a) Clauza de conversie

Deşi Regulamentul nr. 18/2006 nu prevede în mod expres, părţile pot prevedea transformarea împrumutului subordonat în capital social în orice moment de la semnarea contractului.

În acest mod, capitalul de nivel 2 suplimentar poate fi convertit într-o altă formă de capital superior. Conversiile pot fi realizate în orice moment pe parcursul contractului, chiar înainte de trecerea unei perioade de 5 ani de la încheierea contractului. Conversiile pot fi obligatorii sau numai la opţiunea investitorului. Această clauză nu reprezintă o clauză de rambursare anticipată a creditului.

b) Clauza privind legea aplicabilă

Regulamentul nr. 18/2006 nu cuprinde nicio menţiune referitoare la condiţionarea includerii contractelor de împrumut subordonat în categoria fondurilor proprii ale instituţiilor de credit de existenţa vreunei clauze anume privind legea aplicabilă contractelor respective.

Ca atare, vor fi aplicabile dispoziţiile generale în materie, respectiv Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internaţional privat, care la art. 103 dispune că în lipsă de lege convenită de părţi se aplică: „(...) c) în contractele bancare, inclusiv cele de garanţie bancară autonomă, legea sediului întreprinderii de credit; în raporturile dintre cele două bănci se aplică legea celei care prestează serviciul în favoarea celeilalte".

Legal Dimensions of Loan Restructuring

Carmen CONSTANTINESCU
Legal advisor, MKB Romexterra Bank

To date, in Romania, we have had no practice as regards loan restructuring, but, nevertheless, lately, banks have been focusing more and more on such measures.

Problem-loan management imposes loan restructuring, it needs adopting some measures for work out and/or collateral realization or it imposes monitoring some similar measures already taken.

Loan restructuring is the process via which a bank grants its borrowers – natural or legal persons – who are having financial problems, the possibility to change the loan characteristics by changing the interest rate, by extending its duration, by changing its maturity, by granting grace periods etc.

The purpose of applying such restructuring measures is that the borrower return – as regards the loan reimbursement, to normal lending parameters, in conformity with the new reimbursement schedule agreed upon.

1. Loan restructuring principles

- Loan restructuring applies only to the loans considered *viable* subsequent to conducting an analysis, when the customer's behaviour toward the Bank is being assessed until the moment that restructuring is applied for;
- The possibility to maximize the realized value is taken into consideration;
- The restructuring strategies and the customer's capacity to support the loan deployment in the future are contemplated;
- The customer's capacity to pay the overdue amounts registered and to maintain his/her revenues at a level appropriate for the observance of the new reimbursement schedule are assessed;
- The customer's financial statements are to be analyzed, by monitoring observance of the Bank's eligibility criteria.

2. Loan restructuring methods

The main loan restructuring methods can take the following forms:

Amiable:

- Payment restructuring;
- Partial Loan Write Off;
- Debt/equity swap;
- Loan novation.

BCU IASI "ALEXANDRU IOAN CUZA" UNIVERSITY LIBRARY

Modalități legale de restructurare a creditelor

Carmen CONSTANTINESCU
Consilier juridic, MKB Romexterra Bank

Până în prezent, în România nu a existat o practică în ceea ce priveşte restructurarea creditelor, însă, în ultima perioadă, atenția băncilor s-a îndreptat din ce în ce mai mult către acest tip de măsuri.

Administrarea creditelor cu probleme impune o restructurare a creditelor, adoptarea unor măsuri de recuperare şi/sau valorificare a garanțiilor sau urmărirea unor astfel de măsuri deja adoptate.

Restructurarea creditelor este procesul prin care o bancă acordă împrumutaților – persoane fizice sau juridice – aflați în dificultate financiară, posibilitatea modificării caracteristicilor creditului, prin modificări ale dobânzilor, majorarea duratei, schimbarea scadenței, acordarea unor perioade de grație etc.

Scopul aplicării unor măsuri de restructurare este ca împrumutatul să revină cu rambursarea creditului în parametrii normali de creditare, conform noului grafic de rambursare agreat.

1. Principiile restructurării creditelor

- Restructurarea creditelor se aplică numai creditelor considerate viabile, după efectuarea unei analize, în care se evaluează comportamentul clientului față de Bancă până la momentul solicitării restructurării;
- Se va avea în vedere posibilitatea de maximizare a valorii recuperate;
- Se au în vedere strategiile de restructurare şi capacitatea clientului de a susține derularea în continuare a creditului;
- Se va evalua capacitatea clientului de a achita restanțele înregistrate şi de a îşi menține veniturile la un nivel corespunzător respectării noului grafic de rambursare;
- Se vor analiza situațiile financiare ale clientului, urmărindu-se încadrarea în criteriile de eligibilitate ale Băncii.

2. Metode de restructurare a creditelor

Principalele metode de restructurare a creditelor pot îmbrăca următoarele forme:

Amiabile:

- Restructurarea plăților;
- Stingerea parțială a datoriilor (*Partial Loan Write Off*);
- Transformarea unor creanțe în participații la capitalul social (*Debt/equity swap*);
- Novația creditului.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Judicial:

- Reorganization via the insolvency procedure, according to Law no. 85/2006 on insolvency.

3. Loan repayment restructuring

Loan repayment restructuring can be conducted in the following ways:

- *By rescheduling* one or more loan instalments on balance, with or without exceeding the initial tenor at the loan granting;
- *By rescheduling* the loan without exceeding the initial loan tenor;
- *restructuring* the loan through granting a new loan and taking up the balance of the overdue loan;
- By granting some *new loan facilities* on short/medium term to the companies facing delays in collecting payments underlying the contracts concluded with third parties; because of this, these companies have overdue payments for the loans and for their appurtenances or they register debts with the state budget or with their suppliers;
- By deciding *payment rescheduling* (monthly/quarterly) of the loans for whose collection judicial enforcement procedures have been started in conformity with the Civil Procedure Code or Law no. 99/1999 – Title VI – The legal regime of real securities;
- *By transforming/consolidating* existing loan facilities into other products;
- *By consolidating* existing collateral in parallel with a manner of amicable restructuring;
- *By refinancing* the existing loan facilities with other financial and banking institutions.

4. Debt/equity swap

The debt/equity swap represents another facet of loan restructuring - less used in our country for that matter, which could be applied if the debtor is a company with a good financial standing, but which, due to economic and financial conditions, is in temporary impossibility to pay back its lenders.

This restructuring manner can be considered – with certain limits, as being imposed by the applicable national legislation, namely:

1. The Banking Law – the Bank's qualified participation to the borrower's capital (10% or more) cannot exceed 15% of the Bank's share capital and must be notified to the National Bank of Romania. Moreover, it cannot be a qualified participation;

2. The Trading Company Law – turning receivables into contributions to the share capital is possible only for joint stock companies.

BCU "ION GHICA" CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Judiciare:

- Reorganizare în procedura insolvenţei, potrivit Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei.

3. Restructurarea la plată a creditelor

Restructurarea plăţii creditelor se poate face în următoarele modalităţi:

- *rescadanţarea* uneia sau mai multor rate de credit în sold, cu sau fără depăşirea duratei iniţiale de acordare a creditului;
- *reeşalonarea* creditului fără a depăşi durata de creditare iniţială;
- *restructurarea* creditelor, prin acordarea unui nou credit cu preluarea soldului creditului restant;
- acordarea unor *noi facilităţi* de credit pe termen scurt/mediu companiilor care se confruntă cu întârzieri la încasarea plăţilor aferente contractelor încheiate cu terţi şi, din aceste cauze, înregistrează restanţe la plata creditelor şi accesoriilor acestora sau înregistrează datorii la bugetele de stat ori către furnizori;
- stabilirea unor *eşalonări la plată* (lunar/trimestrial), în cazul creditelor pentru a căror recuperare au fost declanşate proceduri juridice prin executare silită conform Codului de procedură civilă sau Legii nr. 99/1999 – Titlul VI – Regimul juridic al garanţiilor reale mobiliare;
- *transformarea/consolidarea* facilităţilor de credit existente în alte produse;
- *consolidarea* garanţiilor existente, concomitent cu o modalitate de restructurare pe cale amiabilă;
- *refinanţarea* facilităţilor de credit existente de către alte instituţii financiar-bancare.

4. Debt/equity swap

Transformarea unor creanţe în participaţii la capitalul social (*Debt/equity swap*) reprezintă o altă modalitate de restructurare a creditelor, mai puţin utilizată în ţara noastră, care ar putea fi aplicată în situaţia în care debitorul este o companie care are o bună poziţie financiară, dar care, datorită condiţiilor economice şi financiare, se află în imposibilitate temporară de a face faţă plăţilor către creditori.

Această modalitate de restructurare poate fi avută în vedere în anumite limite, impuse de legislaţia naţională aplicabilă:

1. Legea bancară – participaţia calificată a Băncii la capitalul împrumutatului (10% sau mai mult) nu poate depăşi 15% din capitalul social al Băncii şi trebuie notificată Băncii Naţionale a României. De asemenea, nu poate fi o participaţie calificată;

2. Legea societăţilor comerciale – transformarea creanţelor în aport la capitalul social este posibilă numai în cazul societăţilor pe acţiuni.

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

5. Transfer by changing the debtor

Although it is not a manner to restructure loans, the transfer by changing the debtor *(novation)* is a common method to settle a debt (by replacing it with a new obligation of another debtor).

From the Bank's point of view, novation has the advantage of replacing a bad debtor with a new one who meets the eligibility criteria of the Bank, while for the old debtor it is a manner which gives him/her the possibility to solve his/her financial problems for a while, remaining, nevertheless, obliged to the new debtor.

6. Restructuring the loans of an insolvent debtor

The methods presented above are applicable in the situation when the debtor, although in financial difficulty, is not under the insolvency judicial procedure.

If the insolvency procedure has been opened against the debtor, what must be analysed is the appropriateness of agreeing with the restructuring only between the Bank and the Debtor or between all lenders (including the Bank) and the debtor.

Although an agreement concluded between all the lenders on one hand and the debtor on the other hand represents the safest restructuring manner, in practice, to get the consent of all the lenders is rather difficult (in most situations, the Public Finances Office is among the lenders and their agreement is very unlikely to be obtained).

In this case, what is needed is the conclusion of a firm agreement among all lenders and between the lender and the debtor, via which:

- the debtor shall not do anything to affect lenders' interests;
- none of the lenders shall take any measure against the debtor;
- an equal treatment among all lenders shall be provided;
- a representative of the lenders is chosen;
- the debtors' actions shall be strictly monitored;
- the confidentiality obligation of the parties is observed;
- there is a possibility for the debtor's additional financing during the reorganization period.

Restructuring during the period when the debtor is under reorganization is a method which must be agreed upon by all the lenders; if such an agreement does not exist, the interests of the other lenders could be affected.

English version by Flavia Toader, PhD

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

5. Cesiunea prin schimbare de debitor

Deşi nu reprezintă o modalitate de restructurare a creditelor, cesiunea prin schimbarea debitorului (novaţia) este o metodă uzuală de stingere a unei datorii (prin înlocuirea ei cu o obligaţie nouă, a altui debitor).

Din punctul de vedere al Băncii, novaţia are avantajul de a înlocui un debitor rău-platnic cu unul nou, care se încadrează în condiţiile de eligibilitate a Băncii, iar pentru vechiul debitor este o modalitate care îi conferă posibilitatea rezolvării problemelor financiare pentru o perioadă de timp, rămânând totuşi obligat faţă de noul debitor.

6. Restructurarea creditelor debitorului aflat în insolvenţă

Modalităţile prezentate mai sus sunt aplicabile în situaţia în care debitorul, deşi aflat în dificultate financiară, nu se află în procedura judiciară a insolvenţei.

În cazul în care împotriva debitorului s-a deschis procedura insolvenţei, se va analiza oportunitatea agreării restructurării doar între Bancă şi Debitor sau între toţi creditorii (inclusiv Bancă) şi debitor.

Deşi un angajament încheiat între toţi creditorii, pe de o parte, şi debitor, pe de alta, reprezintă cea mai sigură modalitate de restructurare, în practică, obţinerea consensului tuturor creditorilor este mai greu de realizat (în cele mai multe situaţii, Finanţele Publice se află printre creditori, iar un acord din partea acestora este foarte puţin probabil de obţinut).

În acest caz, se impune încheierea unui angajament ferm între toţi creditorii şi între creditori şi debitor, prin care:

- Debitorul nu va face nicio acţiune prin care interesele creditorilor ar putea fi afectate;
- Niciunul dintre creditori nu va lua nicio măsură împotriva debitorului;
- Asigurarea unui tratament egal între toţi creditorii;
- Alegerea unui reprezentant al creditorilor;
- Monitorizarea strictă a acţiunilor debitorilor;
- Îndeplinirea de către părţi a obligaţiei de confidenţialitate;
- Posibilitatea finanţării suplimentare a debitorului în perioada de reorganizare.

Restructurarea în perioada de reorganizare a debitorului este o metodă care trebuie să fie agreată de către toţi creditorii, în lipsa acordului, interesele celorlaltor creditori ar putea fi afectate.

BCU IAŞI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Interest and penalties set forth in loan agreements

Marian DRUGĂ
Piraeus Bank

Introduction

Considering the current circumstances on the banking market – when more and more borrowers have real difficulties in paying off their debts to commercial banks, in the practice of credit institutions, they contemplate, more and more frequently for that matter, the problem of the legality of the measures taken in order to consolidate/protect their rights in front of their debtors, as well as the legality of the measures taken in order to collect their receivables. In this context, an important component of the problem mentioned above is that of the legal nature and the legality of setting forth penalties in loan agreements, as well as the legality of charging interest on the interest owed by the borrowers.

Concretely, currently, more and more borrowers have difficulties in paying back the principal and the interest – representing the *price* of the loan granted by the bank mentioned as such in the contract documents concluded between the bank and the borrowers, who have become more and more reluctant when it comes to paying back other amounts charged by the bank in case of overdue payments, especially as regards the amounts charged as penalties for overdue penalties and/or *interest on interest,* irrespective of what these are called in the contract documents. In such a context, some customers of credit institutions who feel deceived as regards their rights because of banks charging these amounts, have chosen to resort to the legal assistance granted by law firms specialized in banking law, so that the issue of the legal nature and the legality of setting forth penalties in loan agreements as well as the legality of charging interest on the interest owed by borrowers has raised more and more interest among practitioners in banking law. Unfortunately, here, the opinions of those who have to solve such situations are not uniform, just like the legal regulations based on which they try to solve the issue that are not sufficiently clear. Moreover, the judicial practice has had rather few such cases, most of the ones solved by High Court of Cassation and Justice being anterior to the coming into force of G.E.O. no. 99/2006 on credit institutions and capital adequacy.

Without considering that we could clarify one way or another any dispute concerning the legality of setting forth penalties in loan agreements or the issue of the legality of charging interest on the interest owed by borrowers, hereinafter, we shall nonetheless attempt to enlarge upon the matter of the normative acts which currently constitute the legal framework for charging interest and penalties on monetary loans, bringing some terminology clarifications as well, while mentioning also some aspects which we consider relevant for the issue under debate; and, of course, we shall have at the end of our paper some conclusions that we think could be drawn considering our own ideas in the matter.

STUDIA UNIVERSITATIS BABEŞ-BOLYAI LIBRARY

Studiu privind dobânzile şi penalităţile stipulate în contractele de credit

Marian DRUGĂ
Piraeus Bank

Introducere:

Dată fiind conjunctura actuală de pe piaţă bancară, în care din ce în ce mai mulţi debitori întâmpină reale dificultăţi la plata datoriilor pe care le au către băncile comerciale, în practica instituţiilor de credit se pune tot mai frecvent problema legalităţii măsurilor pe care acestea le întreprind în vederea consolidării/protejării drepturilor lor faţă de propriii debitori, precum şi a legalităţii măsurilor luate de acestea în vederea recuperării propriilor creanţe. În acest context, o componentă importantă a problematicii susmenţionate este aceea a naturii juridice şi a legalităţii stipulării de penalităţi în contractele de credit, precum şi aceea a legalităţii perceperii dobânzii la dobânzile datorate de către împrumutaţi.

Concret, în condiţiile în care din ce în ce mai mulţi împrumutaţi au dificultăţi la rambursarea capitalului împrumutat şi la plata dobânzilor reprezentând strict *preţul* împrumutului obţinut de la bancă, evidenţiate ca atare în documentele contractuale încheiate între bancă şi împrumutaţi, aceştia devenind din ce în ce mai refractari la plata oricăror altor sume percepute de bancă în caz de întârziere la plată, în special în ceea ce priveşte acele sume percepute cu titlu de penalităţi de întârziere şi/sau cu titlu de *dobândă la dobândă*, indiferent de denumirile sub care apar acestea în documentele contractuale. Într-un atare context, o parte a clienţilor instituţiilor de credit, care se consideră lezaţi în drepturile lor prin perceperea acestor sume de către bănci, au ales să apeleze la asistenţa juridică acordată de către cabinete de avocatură specializate în drept bancar, drept pentru care problematica naturii juridice şi a legalităţii stipulării de penalităţi în contractele de credit, precum şi aceea a legalităţii perceperii dobânzii la dobânzile datorate de către împrumutaţi a stârnit un din ce în ce mai mare interes printre practicienii din domeniul dreptului bancar. Din păcate, sub acest aspect, părerile exprimate de cei chemaţi să rezolve asemenea situaţii nu sunt unitare, după cum nici reglementările legale pe baza cărora se încearcă soluţionarea lor nu sunt suficient de clare. Mai mult, practica judiciară este destul de săracă în asemenea speţe, majoritatea celor soluţionate de ÎCCJ fiind anterioare intrării în vigoare a Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului.

Fără a avea pretenţia că putem tranşa definitiv într-un fel sau altul orice dispută pe tema legalităţii stipulării de penalităţi în contractele de credit sau pe aceea a legalităţii perceperii dobânzii la dobânzile datorate de către împrumutaţi, vom încerca în cele ce urmează să facem o scurtă incursiune în materia actelor normative care formează în prezent cadrul legal al perceperii de dobânzi şi de penalităţi la împrumuturile băneşti, aducând şi câteva precizări de ordin terminologic, cu punctarea câtorva aspecte care ni se par relevante pentru problematica abordată şi, desigur, vom exprima în finalul lucrării câteva concluzii care credem că ar putea fi trase ca urmare a celor prezentate.

1. Background

1. *The loan agreements* concluded by the Bank (with natural or legal persons) *have the character of commercial contracts*, either if we consider them via the *objective system* of qualifying trade actions (according to art. 3, point 11 in the Commercial Code)[1], or via a *subjective system* (art. 4 in the Commercial Code)[2].

2. At that time, Law no. 313/1879[3] set forth the general framework which regulated the subject of this paper. Thus:

Art. 1 – The penal clause in loan agreements or in the case of in kind services is and shall be cancelled, irrespective of the date of the action whose execution is required, only if the delay of the receivable exigibility shall fall after the passing of this law.

The judge, as the case may be, shall rule only as regards the payment of the interest as set forth in Art. 1589 of the Civil Code, or, in case of other obligations, as regards the compensations in conformity with Art. 1084 of the Civil Code.

Art. 2 – If the penal clause is not directly set forth, but it is disguised otherwise or it shall result from the conditions of the actions, the judge shall appreciate and shall be able to cancel from the contract the clause which could have the character of a penal clause, being able to apply, as the case may be, Art. 1589 or Art. 1084 of the Civil Code.

Art. 3 – To Art. 1089 in the Civil Code the following paragraph is added:

The clause via which, before or at the time of forming a convention other than a commercial convention, the interest on the interests owed for one year – or more or les than one year, shall be set forth, or other future income, shall be declared null.

Most of the doctrine and judicial practice are of the opinion that this Law is not abrogated or obsolete. We shall demonstrate that, at least partially, respectively in the commercial matter, this premise is wrong, as, since 1879 and to date, we have not adopted a succession of normative acts in special matters, apart from the general field of the enforcement of Law no. 313/1879.

3. We must consider one of the fundamental principles of Law – *the freedom to conclude a contract – pacta sunt servanda* (set forth in Art. 969 Civil Code)[4].

G.E.O no. 99/2006 on credit institutions and capital adequacy enforces this principle, stipulating under art. 117, par. 2, second thesis that: *Credit institutions cannot require from their customers interest, penalties, fees or other bank costs and commissions if their payment is not set forth in the contract.*

[1] Art. 3 – The Law considers as trade actions(...) The bank and exchange operations ...

[2] Art. 4 – Besides these actions, they consider as trade actions the other contracts and obligations of a merchant, if they have a civil nature or if the contrary cannot be inferred from the action itself.

[3] Law no. 313/1879 for the cancellation of the criminal law clause in some contracts and for the adding of a paragraph in Art. 1089 of the Civil Code, published in the Romanian Official Gazette no. 40 of 20.02.1879. This law was the subject of several *exceptions of unconstitutionality* solved via the Decisions of the Constitutional Court: no. 541/2006, no. 676/2006 and no. 890/2006, all exceptions being rejected.

[4] Art. 969 – The conventions legally concluded are legally binding for the contracting parties.

1. Premise:

1. *Contractele de credit* încheiate de Bancă (cu persoane fizice sau cu persoane juridice) *au caracterul de contracte comerciale*, fie că le privim din prisma *sistemului obiectiv* de calificare a faptelor de comerţ (potrivit art. 3 pct. 11 C. com.)[1], fie a *sistemului subiectiv* (art. 4 C. com.)[2].

2. *Legea nr. 313/1879*[3] a instituit la acea vreme cadrul general care reglementa obiectul prezentului studiu. Astfel:

Art. 1 – „Clauza penală, aflată în contracte de împrumuturi sau de prestaţiuni în natură, este şi va rămâne anulată, oricare va fi data actului a cărui executare se cere, însă numai dacă termenul exigibilităţii creanţei va cădea în urma promulgării acestei legi.

Judecătorul, în caz de împrumut, va putea condamna numai la plata dobânzii prevăzută de art. 1589 C. civ., sau, în caz de alte obligaţiuni, la daune-interese, conform art. 1084 C. civ.".

Art. 2 – „Dacă clauza penală nu va fi stipulată direct, ci va fi deghizată sub o altă formă, sau va rezulta din condiţiunile actului, judecătorul va aprecia şi va putea anula din contract aceea ce ar avea caracterul de clauză penală, putând aplica, după cazuri, art. 1589 sau art. 1084 C. civ.".

Art. 3 – La art. 1089 C. civ. se adaugă următorul alineat:

„Clauza prin care, de mai înainte şi în momentul formării unei convenţiuni alta decât o convenţiune comercială, se va stipula dobânda la dobânzile datorate pentru un an, sau pentru mai puţin ori mai mult de un an, sau la alte venituri viitoare, se va declara nulă".

Doctrina şi practica judiciară îmbrăţişează cvasiunanim opinia potrivit căreia această Lege nu este abrogată şi nici căzută în desuetudine. Vom arăta însă faptul că, cel puţin parţial, respectiv, în materie comercială, această premisă este greşită, întrucât, din 1879 până în prezent a fost adoptată o succesiune de alte acte normative, în materii speciale, desprinse din domeniul general de aplicare a Legii nr. 313/1879.

3. Trebuie avut în vedere unul din principiile fundamentale ale Dreptului – *libertatea de contractare – pacta sunt servanda* (prevăzut în art. 969 C. civ.)[4].

Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului, face aplicarea acestui principiu, stipulând la art. 117 alin. (2), teza a doua: *"Instituţiile de credit nu pot pretinde clientului dobânzi, penalităţi, comisioane, ori alte costuri şi speze bancare, dacă plata acestora nu este stipulată în contract."*

[1] Art. 3 – Legea consideră ca fapte de comerţ: (...) Operaţiunile de bancă şi schimb (...).

[2] Art. 4 – Se socotesc, afară, de acestea, ca fapte de comerţ celelalte contracte şi obligaţiuni ale unui comerciant, dacă nu sunt de natură civilă sau dacă contrariul nu rezultă din însuşi actul.

[3] Legea nr. 313/1879 pentru anularea clauzei penale din oarecari contracte şi pentru adaosul unui alineat la art. 1089 din codul civil, publicată în M. Of. nr. 40 din 20 februarie 1879. Această lege a făcut obiectul mai multor *excepţii de neconstituţionalitate* soluţionate prin Deciziile Curţii Constituţionale: nr. 541/2006, nr. 676/2006 şi nr. 890/2006, toate excepţiile fiind respinse.

[4] Art. 969 – Convenţiile legal făcute au putere de lege între părţile contractante.

2. Definitions

2.1. Definition of interest

Economics has defined interest as being, in essence, a price – the equivalent of the temporary usage of somebody else's capital – or, in other words, the specific price paid for the capital given up temporarily, with the obligation of being reimbursed. Therefore, in general, interest represents the *price of borrowed money.*

Interest can be *remunerative,* having the nature of civil reward, or moratorium interest, having the nature of compensation for delays in paying back a monetary obligation[5].

In the case of loan agreements, the interest is conventional, being established in writing by the contracting parties (the written format is required *ad probationem*), either by negotiation or by the borrower's adhesion to the interest pre-established by the bank.

2.2. *Definition of penalties*

In case the conventional interest is also a moratorium interest, the convention (materialized in a contract clause) via which the parties set forth in advance the quantum of the moratorium interest is called *penal clause* and the interest is called *delay penalty.*

2.3. *Definition of anatocism*[6]

Anatocism represents the convention via which the parties set forth the *interest capitalization and their generating new interest.*

3. The possibility of stipulating penalties (the penal clause) in loan agreements

1. If we contemplated merely the provisions of Law no. 313/1879, we could reach the conclusion that the penal clause stipulated in loan agreements is hit by absolute nullity, if this is stipulated directly or disguised under any other form or if it results, following an interpretation, from the content of the act. The borrower shall be obliged to pay only the legal interest for the amounts not paid back when due.

2. But we cannot ignore the existence of the content of art. 1088 par. 1 Civil Code, which, after the coming into force of Law no. 313/1879, was still in force. According to this article, in the commercial matter, the setting forth of penalties in a quantum differing from the legal interest is possible[7].

[5] In the case of loan agreements, the interest set by parties to be paid when the loan falls due is a remunerative interest. If the borrower does not pay back the contracted loan when it falls due, the remunerative interest turns into a moratorium interest.

[6] From the Latin anatocismus = compound interest.

[7] Art. 1088 – For the obligations which have as subject a certain amount of money, the compensations for non-execution can be only the legal interest, besides the special rules of trade, fidejusion and company.

BUCHAREST UNIVERSITY LIBRARY

2. Definiţii:

2.1. Definiţia dobânzii

Ştiinţele economice au definit dobânda ca fiind, în esenţă, un preţ – echivalentul folosirii temporare a capitalului altuia – sau, altfel spus, preţul specific plătit pentru capitalul cedat temporar, cu obligaţia de rambursare. Deci, în general, dobânda reprezintă *preţul banilor împrumutaţi.*

Dobânda poate fi *remuneratorie*, având natura de fructe civile sau *moratorii*, având natura de daune-interese pentru întârzierea la plata unei obligaţii băneşti [5].

În cazul contractelor de credit dobânda este convenţională, fiind stabilită în scris de părţile contractante (forma scrisă este cerută ad probaţionem), fie prin negociere, fie prin adeziunea împrumutatului la dobânda prestabilită de bancă.

2.2. Definiţia penalităţilor:

În cazul în care dobânda convenţională este şi moratorie, convenţia (materializată într-o clauză în contract) prin care părţile stabilesc anticipat cuantumul dobânzii moratorii, se numeşte *clauza penală* iar dobânda poartă numele de *penalitate de întârziere.*

2.3. Definiţia anatocismului[6]:

Anatocismul reprezintă convenţia prin care părţile stabilesc capitalizarea dobânzilor şi producerea de către acestea de noi dobânzi.

3. Posibilitatea stipulării de penalităţi (clauza penală) în contractele de credit

1. Dacă am avea în vedere doar prevederile Legii nr. 313/1879, am putea ajunge la concluzia potrivit căreia clauza penală stipulată în cuprinsul contractelor de credit este lovită de nulitate absolută, fie că aceasta este stipulată direct, fie că este deghizată sub o altă formă sau rezultă, pe cale de interpretare, din cuprinsul actului. Debitorul va putea fi obligat doar la plata dobânzii legale pentru sumele neachitate la scadenţă.

2. Nu putem însă ignora existenţa conţinutului art. 1088 alin. (1) C. civ., care, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 313/1879 a rămas în vigoare. Potrivit acestui articol, în materie comercială, este posibilă stipularea de penalităţi în cuantum diferit de dobânda legală[7].

3. În plus, în prezent, *cadrul legal general privind răspunderea contractuală* este instituit de Legea nr. 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale.

[5] În cazul contractelor de credit, dobânda prevăzută de părţi a se plăti până la momentul scadenţei împrumutului este o dobândă remuneratorie. Dacă debitorul nu restituie la scadenţă împrumutul contractat, dobânda remuneratorie se transformă în dobândă moratorie.

[6] De la latinescul *anatocismus* = dobândă compusă.

[7] Art. 1088 – La obligaţiile care au de obiect o sumă oarecare, daunele-interese pentru neexecutare nu pot cuprinde decât dobânda legală, *afară de regulile speciale în materie de comerţ*, de fidejusiune şi societate.

3. Moreover, currently, the *general legal framework concerning contractual liability* is set forth in Law no. 469/2002 on some measures for strengthening contractual discipline.

This normative act *applies to all contracts concluded for the carrying out of trade actions*[8], the main obligation established as the task of parties in commercial contracts being that of making payments when they fall due, as set in contracts[9]. If the borrowers do not execute at maturity their contractual obligations, they can be obliged to pay penalties for each day of delay, starting with the first business day after the maturity date[10].

Regarding the *contracts concluded exclusively between merchants* (not including those concluded between merchants and consumers[11]), Law no. 469/2002 must be read in connection with G.E.O. no. 119/24.10.2007 on measures to combat the delay of executing the payment obligations resulting from commercial contracts, which transposes in the domestic law Directive 2000/35/CE of the European Parliament and Council.

Thus, according to this special regulation, the parties are free to establish in contracts the interest rate for *delays in paying the price*[12].

The wording might not be the best but it is clear that they considered to regulate the possibility given to parties to set the sanctions applicable if the obligations to pay the price (in the case of loan agreements, the remunerative interest) have not been observed at maturity (in this respect, the Directive is clearer and more comprehensive, referring to *delays in making payments*).

4. Via *Ordinance no. 9/2000 on the level of the legal interest for monetary obligations,* approved with amendments in Law no. 356/2002, they mention that the parties are free to establish in conventions the interest rate for delays in paying a monetary obligation.

As regards the *interest charged or paid by the National Bank of Romania, by banks,* by C.E.C. BANK, by credit unions and by the Ministry for Public Finance, as well as its calculation, these matters are set forth in *specific regulations*.

Therefore, although Ordinance no. 9/2000 stipulates the possibility of creating a framework specific for banking and finance – which would allow credit institutions to charge moratorium interest, we have not identified other regulations besides what we mentioned above to deal with: the penal clause / the interest rate for delays in paying the price / the interest rate for delays in paying a monetary obligation or an equivalent wording for the notion of delay penalties.

[8] Art. 1 – This law applies *to all the contracts concluded for the carrying out of trade actions* of merchants, economic agents, legal persons and merchants, natural persons, hereinafter called contracting parties, irrespective of the ownership type

[9] Art. 3, par. 1 – Contracting parties are obliged to make all the payments when they fall due, established in conformity with contracts.

[10] Art. 4, par. 1 – In the concluded contracts, the parties can set forth that, in the case of non-execution at maturity or at another delay agreed upon of the obligations stipulated under Art. 3 par. (1), the borrowers shall pay, besides the amounts owed, penalties for every day of delay, starting with the first business day after the maturity date.

[11] *The definition of the consumer* is found in Ordinance no. 21/1992 – „consumer = any natural person or group of natural persons gathered in associations who act for purposes outside their trading, industrial, productive, handcrafted or liberal business.

[12] Art. 4 – (1) The parties are free to establish the *interest rate for delays in paying the price*. (2) In case the interest rate is not stipulated in a contract, the benchmark rate of the National Bank of Romania shall apply. The benchmark rate for the first month of the semester applies for the next 6 months.

Acest act normativ *se aplică tuturor contractelor încheiate pentru realizarea actelor de comerţ*[8], obligaţia principală stabilită în sarcina părţilor la contractele comerciale fiind aceea de efectuare a plăţilor la data scadenţei, stabilită conform contractelor [9]. În cazul în care debitorii nu îşi execută la scadenţă obligaţiile contractuale, aceştia pot fi obligaţi la plata de penalităţi pentru fiecare zi de întârziere, începând cu prima zi lucrătoare după data scadenţei[10].

Referitor la *contractele încheiate exclusiv între comercianţi* (nu şi cele încheiate între comercianţi şi consumatori [11]), Legea nr. 469/2002 trebuie privită în strânsă legătură cu Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 119 din 24 octombrie 2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligaţiilor de plată rezultate din contracte comerciale, care transpune în dreptul intern Directiva nr. 2000/35/CE a Parlamentului European şi a Consiliului.

Astfel, potrivit acestei din urmă reglementări speciale, părţile sunt libere să stabilească în contracte rata dobânzii pentru *întârzierea în plata preţului*[12].

Exprimarea poate că este nepotrivită, dar este clar faptul că s-a avut în vedere reglementarea posibilităţii stabilirii de către părţi a sancţiunilor aplicabile în cazul în care obligaţiile de plată a preţului (în cazul contractelor de credit a dobânzilor remuneratorii) nu au fost îndeplinite la scadenţă (în acest sens, Directiva este mai clară şi totodată mai cuprinzătoare, făcând referire la *întârzierea efectuării plăţilor*).

4. Prin *Ordonanţa nr. 9/2000 privind nivelul dobânzii legale pentru obligaţii băneşti*, aprobată cu modificări prin Legea nr. 356/2002, se precizează faptul că părţile sunt libere să stabilească în convenţii rata dobânzii pentru întârzierea la plata unei obligaţii băneşti.

În ceea de priveşte *dobânzile percepute sau plătite de Banca Naţională a României, de bănci,* de Casa de Economii şi Consemnaţiuni C.E.C. S.A., de organizaţiile cooperatiste de credit şi de Ministerul Finanţelor Publice, precum şi modul de calcul al acestora se stabilesc prin *reglementări specifice*.

Astfel, deşi Ordonanţa nr. 9/2000 stabileşte posibilitatea creării unui cadru specific domeniului financiar-bancar care să permită instituţiilor de credit perceperea de dobânzi moratorii, nu am identificat alte reglemetări decât cele arătate care să aibă ca obiect: clauza penală / rata dobânzii pentru întârzierea în plata preţului / rata dobânzii pentru întârzierea la plata unei obligaţii băneşti sau o exprimare echivalentă noţiunii penalităţilor de întârziere.

5. Prin *Decizia în interesul Legii nr. XI/2005* pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în Dosarul nr. 8/2005, instanţa a dispus următoarele: „Clauza penală prin care se stabileşte

[8] Art. 1 – Prezenta lege se aplică *tuturor contractelor încheiate pentru realizarea actelor de comerţ* de către agenţii economici comercianţi, persoane juridice, şi comercianţi, persoane fizice, denumite în continuare părţi contractante, indiferent de forma de proprietate.

[9] Art. 3 alin. (1) – Părţile contractante au obligaţia efectuării tuturor plăţilor la data scadenţei, stabilită conform contractelor.

[10] Art. 4 alin. (1) – În contractele încheiate, părţile pot prevedea ca, în cazul neîndeplinirii până la scadenţă sau până la un alt termen convenit a obligaţiilor prevăzute la art. 3 alin. (1), debitorii să plătească, în afara sumei datorate, penalităţi pentru fiecare zi de întârziere, începând cu prima zi lucrătoare după data scadenţei.

[11] *Definiţia consumatorului* o găsim în Ordonanţa nr. 21/1992 – „consumator = orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociaţii, care acţionează în scopuri din afara activităţii sale comerciale, industriale sau de producţie, artizanale ori liberale".

[12] Art. 4 – (1) Părţile sunt libere să stabilească *rata dobânzii pentru întârzierea în plata preţului.* (2) În cazul în care rata dobânzii nu este stabilită prin contract, se va aplica rata dobânzii de referinţă stabilită de Banca Naţională a României. Rata de referinţă stabilită pentru prima lună a semestrului se aplică în următoarele 6 luni.

5. Via the *Decision in the interest of Law* no. XI/2005 ruled by the High Court of Cassation and Justice in Case no. 8/2005, the law court set forth the following: *The penal clause via which the obligation of paying back at maturity the borrowed sum under the sanction of delay penalties is set forth, besides the contractual interest agreed upon or besides the legal interest, is considered a breach of the law.*

Although the act does not mention it, from the Decision we can easily infer that it applies only to civil contracts and not to commercial contracts, respectively to bank loan agreements.

5. The possibility of calculating interest on the interest owed by borrowers.

1. The mechanism of *anatocism* is the following: the interest for a borrowed amount of money is capitalized, in other words the interest due and not paid up on the amount owed is added up and, in the future, interest for the entire resulting amount is calculated.

2. From corroborating par. 1 of Art. 1088 Civil Code – as we mentioned above, in the commercial matter, they set forth the possibility of stipulating penalties in a quantum differing from the legal interest, with par. 2 of Art. 1089 – introduced via Law nr. 313/1879, we understand that the *interdiction to stipulate interest on the interest owed does not operate in the case of loan agreements but only in the case of civil conventions.*

In this context, under art. 8 of Ordinance no. 9/2000, it is set forth that interest shall be calculated only on the quantum of the borrowed amount. Nevertheless, *interest can be capitalized and can generate interest on the grounds of a special convention concluded in this respect after their maturity, but only for the interest owed for a period of at least one year.*

6. Conclusions

I. Considering the above, we are of the opinion that Law no. 313/1879 does not apply to bank loan agreements and as long as parties stipulate in a contract the borrower's obligation to pay penalties (irrespective of what they are called) for the amounts owed and not paid up at maturity, these clauses are accepted by the law.

II. From corroborating the analysed provisions, it is obvious that what can generate interest at its turn is only the amount owed for at least a whole year (overdue), the interest due for a shorter period of time being unacceptable for capitalization. Interest on the amount owed as interest is not rightfully owed after one year has elapsed, as a civil convention (contractual clause) between parties must exist in this respect.

It is again obvious that, from a practical point of view, these legal provisions cannot apply in the case of loan agreements, as this would require amending the existing legal framework (by drawing up legally binding normative acts) in order to have an express and clear regulation of the manner in which interest on bank loans can be capitalized.

English version by Flavia Toader, PhD

BCU "LUCIAN BLAGA" CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

obligaţia restituirii la scadenţă a sumei împrumutate, sub sancţiunea penalităţilor de întârziere, pe lângă dobânda contractuală convenită sau pe lângă dobânda legală, contravine prevederilor legii".

Deşi în dispozitiv nu se menţionează, din considerentele Deciziei reiese în mod clar faptul că aceasta se aplică doar contractelor civile, nu şi contractelor comerciale, respectiv contractelor de credit bancar.

5. Posibilitatea calculării de dobândă la dobânzile datorate de către împrumutat

1. Mecanismul anatocismului este următorul: se capitalizează dobânzile unei sume de bani împrumutate, adică se însumează dobânzile scadente şi neachitate la suma datorată şi se calculează în continuare dobânzi la întreaga sumă astfel rezultată.

2. Din coroborarea alin. (1) al art. 1088 C. civ., care aşa cum am arătat mai sus, în materie comercială, prevede posibilitatea stipulării de penalităţi în cuantum diferit de dobânda legală cu alin. (2) al art. 1089, introdus prin Legea nr. 313/1879, reiese faptul că *interdicţia stipulării dobânzii la dobânzile datorate nu funcţionează în cazul contractelor de credit, ci numai în cazul convenţiilor civile.*

În acest context, la art. 8 din Ordonanţa nr. 9/2000, se precizează faptul că dobânda se va calcula numai asupra cuantumului sumei împrumutate. Cu toate acestea, *dobânzile se pot capitaliza şi pot produce dobânzi în temeiul unei convenţii speciale încheiate în acest sens, după scadenţa lor, dar numai pentru dobânzi datorate pe cel puţin un an.*

6. Concluzii:

I. Având în vedere cele de mai sus, considerăm că Legea nr. 313/1879 nu se aplică contractelor de împrumut bancar şi, atât timp cât părţile stipulează în contract obligaţia împrumutatului de a plăti penalităţi (indiferent de denumirea acestora) pentru sumele datorate şi neachitate la scadenţă, aceste clauze sunt permise de lege.

II. Din coroborarea prevederilor analizate, reiese faptul că poate produce la rândul ei dobândă numai suma datorată cu acest titlu pe cel puţin un an împlinit (restanţa), aceea cuvenită pentru o perioadă mai mică de timp nefiind susceptibilă de capitalizare. Dobânda la suma datorată cu titlu de dobândă nu se cuvine de drept la împlinirea termenului de un an, fiind necesar să existe o convenţie (clauza contractuală) a părţilor în acest sens.

Este evident faptul că din punct de vedere practic, aceste prevederi legale nu îşi pot găsi aplicarea în domeniul contractelor de credit, fiind necesară modificarea cadrului legislativ existent (prin elaborarea de acte normative cu putere de lege) pentru a avea o reglementare expresă şi clară a modului în care se pot capitaliza dobânzile la creditele bancare.

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Legal Aspects of the National Bank of Romania Operating on Domestic and International Financial Markets

Alina RĂDUȚ
Gabriela AMIN
National Bank of Romania

A. Money market operations of the National Bank of Romania

1. Introduction

The National Bank of Romania is empowered by Law no. 312/2004 on the Statute of the National Bank of Romania (art. 2, art. 5, art. 6, art. 7, art. 19, art. 20 and art. 50) to utilize specific procedures and instruments in order to conduct money market operations and to lend to credit institutions.

The most important monetary policy instruments of the National Bank of Romania are money market operations, regulated by Regulation no. 1/2000 on money market operations conducted by the National Bank of Romania and the permanent facilities offered to eligible participants (republished based on Regulation no. 7/2007), via the National Bank of Romania Norm no. 4/1995 on the operating of the interbank money market (amended and supplemented by Norm no. 14/2007 and Norm no. 12/2008), by the National Bank of Romania Order no. 7/2006 on working procedures for the deployment of operations with certificates of deposit issued by the National Bank of Romania and via the National Bank of Romania Order no. 8/2006 on working procedures regarding the deployment of money market operations conducted by the National Bank of Romania and the permanent facilities granted to eligible participants.

In conformity with Regulation no. 1/2000, money market operations are operations executed upon the initiative of the central bank (and not upon the initiative of eligible participants) and which have the following functions:

a) a guideline for interest rates;

b) liquidity management on the money market;

c) a signal of the monetary policy stance.

The National Bank of Romania money market operations can be deployed alternatively or simultaneously, function of the market conditions and in conformity with the National Bank of Romania's monetary goals; they rely on the National Bank of Romania's decision to intervene on the money market.

During the period 1997 – quarter III 2008, the National Bank of Romania money market operations were used almost exclusively to drain the liquidity surplus from the banking system.

POLITEHNICA UNIVERSITY LIBRARY

Aspecte juridice privind activitatea desfăşurată de către Banca Naţională a României pe pieţele financiare interne şi internaţionale

Alina RĂDUŢ
Gabriela AMIN
Banca Naţională a României

A. Operaţiunile de piaţă monetară efectuate de către Banca Naţională a României

1. Introducere

Banca Naţională a României este abilitată în baza Legii nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României (art. 2, art. 5, art. 6, art. 7, art. 19, art. 20, art. 50) să utilizeze proceduri şi instrumente specifice pentru operaţiuni de piaţă monetară şi de creditare a instituţiilor de credit.

Cel mai important instrument de politică monetară al Băncii Naţionale a României îl reprezintă operaţiunile de piaţă monetară, reglementate prin Regulamentul nr. 1/2000 privind operaţiunile de piaţă monetară efectuate de către Banca Naţională a României şi facilităţile permanente acordate de aceasta participanţilor eligibili (republicat în baza Regulamentului nr. 7/2007), prin Norma Băncii Naţionale a României nr. 4/1995 privind funcţionarea pieţei monetare interbancare (modificată şi completată prin Norma nr. 14/2007 şi Norma nr. 12/2008), prin Ordinul Băncii Naţionale a României nr. 7/2006 privind procedurile de lucru pentru derularea operaţiunilor cu certificate de depozit emise de către Banca Naţională a României şi prin Ordinul Băncii Naţionale a României nr. 8/2006 privind procedurile de lucru referitoare la derularea operaţiunilor de piaţă monetară efectuate de Banca Naţională a României şi a facilităţilor permanente acordate de aceasta participanţilor eligibili.

Conform Regulamentului nr. 1/2000, operaţiunile de piaţă monetară sunt operaţiuni executate la iniţiativa băncii centrale (şi nu la iniţiativa participanţilor eligibili) şi au următoarele funcţii:

a) ghidarea ratelor de dobândă;

b) gestionarea condiţiilor lichidităţii de pe piaţă monetară;

c) semnalizarea orientării politicii monetare.

Operaţiunile de piaţă monetară ale Băncii Naţionale a României pot fi derulate alternativ sau simultan, în funcţie de condiţiile pieţei şi în conformitate cu obiectivele de politică monetară ale Băncii Naţionale a României şi au la bază decizia de intervenţie a Băncii Naţionale a României pe piaţă monetară.

Starting with the end of 2008, once the net liquidity position of banks changed from a surplus to a deficit, money market operations targeting liquidity injections have prevailed, the National Bank of Romania thus passing to the position of net lender to the banking sector.

2. Eligible participants

Regulation no. 1/2000 sets forth the categories of eligible participants with whom the National Bank of Romania can perform money market operations and to whom it can grant permanent facilities, together with the eligibility criteria, namely: banks; mortgage banks; central houses of credit cooperatives; saving and lending banks for housing – Romanian legal persons and the branches in Romania of credit institutions in member states, respectively in third party states, except for the branches in Romania of credit institutions issuers of electronic cash, which must observe the following eligibility criteria:

- In the case of banks, mortgage banks, central houses of credit cooperatives and saving and lending banks for housing, Romanian legal persons, *to establish minimum legal reserves and observe the provisions of the National Bank of Romania regulations on solvency ratios*;
- In the case of the branches opened in Romania of credit institutions from member states, respectively from third party states, except for the branches opened in Romania of credit institutions issuers of electronic cash, *to establish minimum legal reserves and the certification – at least annually, by the banking supervisory authority in the home country as regards compliance of the respective foreign credit institution from that country with the provisions of banking prudence regulations in force in its home country.*

3. Operation types

Money market operations involve one of the following transactions, listed by Regulation no. 1/2000:

a) Repurchase agreements - repos – for assets eligible for trading – are reversible transactions where, in order to inject liquidity, the National Bank of Romania purchases from eligible participants assets eligible for trading, accompanied by their commitment to repurchase the respective assets at a future date and at a price agreed upon on the date of the transaction conclusion; during the transaction period, the ownership of these assets is transferred to the lender (the National Bank of Romania).

b) Reversible sales - reverse repos – of assets eligible for trading: are reversible trades where, in order to absorb liquidity, the National Bank of Romania sells to eligible participants assets eligible for trading, committing itself to repurchase the respective assets at a future date and at a price agreed upon on the date of the transaction conclusion; during the transaction period, the ownership of these assets is transferred to the lender (eligible participant).

The conditions under which the National Bank of Romania conducts reversible purchases/ sales of eligible assets, namely repos/reverse repos are established via a framework contract concluded with each eligible participant.

The standard format of this contract is set forth in the Annex to Order no. 8/2006 on the working procedures regarding the deployment of money market operations conducted by the National Bank of Romania and the permanent facilities granted to eligible participants.

În perioada 1997-trimestrul III 2008, operaţiunile de piaţă monetară ale Băncii Naţionale a României au fost utilizate aproape în exclusivitate în scopul drenării excedentului de lichiditate din sistemul bancar.

Începând din ultima parte a anului 2008, odată cu schimbarea poziţiei nete de lichiditate a băncilor din excedent în deficit, operaţiunile de piaţă monetară destinate injecţiilor de lichidate au devenit predominante, Banca Naţională a României trecând astfel în poziţia de creditor al sistemului bancar.

2. Participanţii eligibili

Regulamentul nr. 1/2000 prevede categoriile de participanţi eligibili cu care Banca Naţională a României poate să efectueze operaţiuni de piaţă monetară şi cărora le acordă facilităţi permanente, precum şi criteriile de eligibilitate: bănci; bănci de credit ipotecar; case centrale ale cooperativelor de credit; bănci de economisire şi creditare în domeniul locativ – persoane juridice române şi sucursalele din România ale instituţiilor de credit din state membre, respectiv din state terţe, cu excepţia sucursalelor din România ale instituţiilor de credit emitente de monedă electronică, care îndeplinesc următoarele criterii de eligibilitate:

- în cazul băncilor, al băncilor de credit ipotecar, al caselor centrale ale cooperativelor de credit şi al băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ, persoane juridice române, *constituirea de rezerve minime obligatorii şi încadrarea în prevederile reglementărilor Băncii Naţionale a României privind indicatorii de solvabilitate*;
- în cazul sucursalelor din România ale instituţiilor de credit din state membre, respectiv din state terţe, cu excepţia sucursalelor din România ale instituţiilor de credit emitente de monedă electronică, *constituirea de rezerve minime obligatorii şi certificarea, cel puţin anual, de către autoritatea de supraveghere bancară din ţara de origine a încadrării instituţiei de credit străine de care aparţin în prevederile reglementărilor de prudenţă bancară în vigoare în ţara respectivă.*

3. Tipuri de operaţiuni

Operaţiunile de piaţă monetară implică una din următoarele tranzacţii, enumerate de către Regulamentul nr. 1/2000:

a) cumpărări reversibile - repo - de active eligibile pentru tranzacţionare – sunt tranzacţii reversibile în cadrul cărora, în scopul injectării de lichiditate, Banca Naţională a României cumpără de la participanţii eligibili active eligibile pentru tranzacţionare, cu angajamentul acestora de a răscumpăra respectivele active la o dată ulterioară şi la un preţ stabilit la data încheierii tranzacţiei; aşadar, pe perioada tranzacţiei, proprietatea asupra respectivelor active este transferată creditorului (Băncii Naţionale a României).

b) vânzări reversibile - reverse repo - de active eligibile pentru tranzacţionare: sunt tranzacţii reversibile în cadrul cărora, în scopul absorbţiei de lichiditate, Banca Naţională a României vinde participanţilor eligibili active eligibile pentru tranzacţionare, angajându-se să răscumpere respectivele active la o dată ulterioară şi la un preţ stabilit la data încheierii tranzacţiei; pe perioada tranzacţiei proprietatea asupra respectivelor active este transferată creditorului (participantului eligibil).

c) Granting collateralized loans with assets eligible for collateral – are reversible transactions where, in order to inject liquidity, the National Bank of Romania grants loans to eligible participants who keep their title to the assets eligible for collateral; thus, this operation supposes a right of pledge of the National Bank of Romania on eligible assets (security interest without ownership assignment), the assets being blocked in the SAFIR system account of the eligible participant.

The granting terms and the collateral of the loans shall be established via a collateralized loan framework agreement and via a pledge contract for the collateralized loan concluded with each eligible participant.

The standard format of this agreement is stipulated in the Annex to the Order no. 8/2006 on the working procedures for the deployment of money market operations conducted by the National Bank of Romania and the permanent facilities granted to eligible participants.

At the time when they submit their offers, eligible participants shall also submit to the Market Operations Division in the National Bank of Romania a notification in which they agree to collateralise the loans they applied for plus the underlying interest.

The notification shall include the identification elements of eligible assets which represent the pledge and this shall initiate into the SAFIR system the collateral registration in conformity with the system's rules.

The Market Operations Division shall check the assets' eligibility, as well as the collateral coverage of the loan requested plus the underlying interest. Based on the instructions received from the eligible participant and from the National Bank of Romania, SAFIR shall register the collateral by blocking the respective eligible assets in conformity with its rules.

The interest underlying the period for which the eligible assets are the subject of a pledge must go to the registered owner, respectively to the eligible participant. The release of the collateral established at the granting of a loan is conditional upon the loan reimbursement and the payment of the underlying interest.

At the loan maturity, after the loan reimbursement and the payment of the underlying interest by the eligible participant, the National Bank of Romania shall initiate into SAFIR the release of the pledged eligible assets. If at the loan maturity, an eligible participant does not reimburse the loans and/or does not pay the underlying interest, the National Bank of Romania shall enforce the collateral, function of the not paid back value, in conformity with the provisions of art. 50 (3) in Law no. 312/2004 on the Statute of the National Bank of Romania.

d) Sales/purchases of assets eligible for trading – are transactions where, in order to absorb/inject liquidity, the National Bank of Romania sells/purchases assets eligible for trading. These transactions involve the transfer of ownership of the respective eligible assets from the seller to the buyer, conducted via the delivery versus payment mechanism;

e) Issuing certificates of deposit – transactions where, in order to absorb liquidity, the National Bank of Romania sells to eligible participants certificates of deposit.

The issuing of certificates of deposit shall be performed in conformity with the working procedures on the deployment of operations with certificates of deposit issued by the National Bank of Romania, approved by an order of the National Bank of Romania.

Condiţiile în care Banca Naţională a României efectuează cumpărări/vânzări reversibile de active eligibile repo/reverse repo sunt stabilite prin contract cadru încheiat cu fiecare participant eligibil.

Forma standard a acestui contract este prevăzută în anexa la Ordinul nr. 8/2006 privind procedurile de lucru referitoare la derularea operaţiunilor de piaţă monetară efectuate de către Banca Naţională a României şi a facilităţilor permanente acordate de aceasta participanţilor eligibili.

c) acordare de credite colateralizate cu active eligibile pentru garantare – sunt tranzacţii reversibile în cadrul cărora, în scopul injectării de lichiditate, Banca Naţională a României acordă credite participanţilor eligibili, aceştia păstrând proprietatea asupra activelor eligibile aduse în garanţie; presupune, aşadar, un drept de gaj al Băncii Naţionale a României asupra activelor eligibile (gaj fără deposedare), acestea rămânând blocate în contul participantului eligibil în sistemul SAFIR.

Condiţiile de acordare şi modul de garantare a creditelor vor fi stabilite prin contract cadru de credit colateralizat şi prin contract de gaj pentru credit colateralizat încheiat cu fiecare participant eligibil.

Forma standard a acestui contract este prevăzut în anexa la Ordinul nr. 8/2006 privind procedurile de lucru referitoare la derularea operaţiunilor de piaţă monetară efectuate de către Banca Naţională a României şi a facilităţilor permanente acordate de aceasta participanţilor eligibili.

Concomitent cu prezentarea ofertelor, participanţii eligibili vor transmite Direcţiei operaţiuni de piaţă din cadrul Băncii Naţionale a României o notificare prin care aceştia consimt să garanteze creditul solicitat şi dobânda aferentă.

Notificarea va cuprinde elementele de identificare ale activelor eligibile ce fac obiectul gajului şi vor iniţia în sistemul SAFIR înregistrarea garanţiilor conform regulilor de sistem.

Direcţia operaţiuni de piaţă va verifica eligibilitatea activelor, precum şi acoperirea cu garanţii a creditului solicitat şi a dobânzii aferente. În baza instrucţiunii primite de la participantul eligibil şi de la Banca Naţională a României, SAFIR va proceda la înregistrarea garanţiei prin blocarea activelor eligibile respective conform regulilor acestuia.

Dobânda aferentă perioadei pentru care activele eligibile constituie obiectul unui gaj se cuvine proprietarului înregistrat, respectiv participantului eligibil. Deblocarea garanţiilor constituite la acordarea creditelor este condiţionată de rambursarea creditelor şi de plata dobânzilor aferente.

La scadenţa creditelor, după rambursarea creditelor şi plata dobânzilor aferente de către participantul eligibil, Banca Naţională a României va iniţia în SAFIR deblocarea activelor eligibile constituite drept garanţie. În cazul în care la scadenţa creditelor participantul eligibil nu rambursează creditele şi/sau nu plăteşte dobânzile aferente, Banca Naţională a României va proceda la executarea garanţiilor corespunzător valorii nerambursate în conformitate cu prevederile art. 50 alin. (3) din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României.

d) vânzări/cumpărări de active eligibile pentru tranzacţionare – sunt tranzacţii în cadrul cărora, în scopul absorbţiei/injectării de lichiditate, Banca Naţională a României vinde/cumpără active eligibile pentru tranzacţionare. Aceste tranzacţii implică transferul proprietăţii asupra

f) Currency swap – refers to two simultaneous transactions, concluded with the same counterparty, by which the National Bank of Romania:

- buys spot convertible foreign currency against *lei* (the Romanian domestic currency) in order to inject liquidity, and sells at a future date the same amount of convertible foreign currency against *lei*; or
- sells spot convertible currency against *lei*, in order to absorb liquidity and buys at a future date the same amount of convertible foreign currency against *lei*;

The conditions under which the National Bank of Romania makes currency swaps shall be established via the framework agreement concluded with each eligible participant, whose format is an Annex to Order no. 8/2006.

g) Raising deposits – represents a transaction with pre-established maturity, where, in order to absorb liquidity, the National Bank of Romania raises deposits from eligible participants;

The maturity of the money market operations cannot be longer than 90 calendar days, except for the operations involving issuing certificates of deposit - in this case, the maximum maturity is one year.

The money market operations presented above can be classified into: 1. operations deployed on bilateral basis (via bilateral procedures), and 2. operations deployed on multilateral, competitive basis (via an auction).

1. Operations deployed on bilateral basis (via bilateral procedures)

In this case, transactions, as a rule, are not made public and are conducted via direct negotiation between the National Bank of Romania – through the Market Operations Division, and the eligible participant, respectively without resorting to the auction mechanism. Among the money market operations mentioned above, via direct negotiation are conducted all the operations we mentioned above, except for the issuance of certificates of deposit and granting loans collateralized with eligible assets.

2. Operations deployed on multilateral, competitive basis (via an auction)

In this case, transactions, as a rule, are made public and are conducted via auctions - which can be auctions at a fixed or a floating rate. Among the money market operations mentioned above, all the operations mentioned above are performed on multilateral, competitive basis except for sales/purchases of eligible assets.

4. Eligible assets (collateral)

The assets eligible for trading and collateral are:

a) government securities issued by the Ministry for Public Finance;

b) certificates of deposit issued by the National Bank of Romania;

c) other categories of eligible, negotiable assets, established based on a decision of the National Bank of Romania Board.

Assets eligible for trading and collateral must comply with the following conditions, cumulatively, as the case may be:

a) be owned by the eligible participant presenting them;

b) not be pledged or seized;

BUSINESS ACADEMY UNIVERSITY LIBRARY

activelor eligibile respective de la vânzător la cumpărător, realizat prin mecanismul *livrare contra plată (delivery versus payment)*;

e) emitere de certificate de depozit – tranzacţie în cadrul căreia, în scopul absorbţiei de lichiditate, Banca Naţională a României vinde participanţilor eligibili certificate de depozit.

Emiterea de certificate de depozit se va efectua în conformitate cu procedurile de lucru privind derularea operaţiunilor cu certificate de depozit emise de către Banca Naţională a României, aprobate prin ordin al Băncii Naţionale a României.

f) swap valutar – constă în două tranzacţii simultane, încheiate cu aceeaşi contrapartidă, prin care Banca Naţională a României:

- cumpără la vedere valută convertibilă contra lei, în scopul injectării de lichiditate, şi vinde la o dată ulterioară aceeaşi sumă în valută convertibilă contra lei; sau
- vinde la vedere valută convertibilă contra lei, în scopul absorbţiei de lichiditate şi cumpără la o dată ulterioară aceeaşi sumă în valută convertibilă contra lei;

Condiţiile în care Banca Naţională a României efectuează swap-uri valutare vor fi stabilite prin contractul cadru încheiat cu fiecare participant eligibil, al cărui format este constituit ca anexă la Ordinul nr. 8/2006.

g) atragere de depozite – reprezintă o tranzacţie cu scadenţa prestabilită, în cadrul căreia, în scopul absorbţiei de lichiditate, Banca Naţională a României atrage depozite de la participanţii eligibili;

Scadenţa operaţiunilor de piaţă monetară nu poate fi mai mare de 90 de zile calendaristice cu excepţia operaţiunilor care implică emiterea de certificate de depozit, în acest caz scadenţa maximă fiind de un an.

Operaţiunile de piaţă monetară prezentate mai sus se pot clasifica în: 1. operaţiuni desfăşurate pe baze bilaterale (prin proceduri bilaterale) şi 2. operaţiuni desfăşurate pe baze multilaterale competitive (prin licitaţie).

1. Operaţiunile desfăşurate pe baze bilaterale (prin proceduri bilaterale)

În acest caz tranzacţiile nu sunt, de regulă, anunţate public şi se efectuează prin negociere directă între Banca Naţională a României prin Direcţia operaţiuni de piaţă şi participantul eligibil, respectiv fără a se apela la mecanismul licitaţiei. Dintre operaţiunile de piaţă monetară enunţate mai sus, se efectuează prin negociere directă toate operaţiunile menţionate, cu excepţia emisiunii de certificate de depozit şi acordării de credite colateralizate cu active eligibile pentru garantare.

2. Operaţiuni desfăşurate pe baze multilaterale competitive (prin licitaţie)

În acest caz, tranzacţiile sunt de regulă anunţate public şi se realizează prin intermediul licitaţiilor care pot fi licitaţii la rată fixă sau variabilă. Dintre operaţiunile de piaţă monetară enumerate mai sus, se desfăşoară pe baze multilaterale competitive toate operaţiunile menţionate mai sus, cu excepţia vânzărilor/cumpărărilor de active eligibile.

4. Active eligibile (colateralul)

Activele eligibile pentru tranzacţionare şi pentru garantare sunt:

a) titlurile de stat emise de către Ministerul Finanţelor Publice;

b) certificatele de depozit emise de către Banca Naţională a României;

c) alte categorii de active eligibile negociabile, stabilite în baza unei hotărâri a Consiliului de administraţie al Băncii Naţionale a României.

c) have a maturity subsequent to the maturity of the operation conducted;

d) have coupons maturing subsequent to the maturity of the operation conducted;

e) not be issued by the eligible participant presenting them.

5. Permanent facilities

These are operations which are deployed upon the request of eligible participants and not upon the initiative of the central bank.

The permanent facilities offered by the National Bank of Romania to credit institutions have as target: (i) to absorb, respectively provide, liquidity on very short-term (one day); (ii) signal the general stance of monetary policy and (iii) stabilize short term interest rates on the interbank money market, via the band made up of the interest rates underlying the two instruments.

Credit institutions can access, at their own initiative, the two permanent facilities offered by the National Bank of Romania, namely:

- *The Lombard credit* – its goal is to allow eligible participants to obtain from the central bank liquidity on a very short term, respectively for one day (*overnight*) against collateral, at a predetermined interest rate.

The granting of the Lombard credit is conditional upon its collateralization with eligible assets. The collateral must be established by the time of the granting of the loan, and its adjusted value must cover 100% of the loan and the underlying interest. In exceptional cases, the National Bank of Romania Board can limit or suspend eligible participants' access to the Lombard credit. The granting conditions and the collateralisation of Lombard credits shall be established via the framework agreement for the Lombard credit and the pledge contract for the Lombard credit, concluded with each eligible participant, whose models are set forth in the annexes to the Order no. 8/2006. The registration, execution and release of the collateral are established in the pledge contracts concluded with eligible participants and shall be conducted in conformity with the rules of the SAFIR system.

With the submission of the loan application, eligible participants shall also transmit to the Market Operations Division in the National Bank of Romania a notification via which they agree to secure the loan they have applied for plus the underlying interest, notification which shall include the elements that identify the eligible assets that are the subject of the pledge (annex to Order no. 8/2006); this shall initiate into the SAFIR system the registration of the collateral in conformity with the system rules. The Market Operations Division shall verify the assets' eligibility, as well as the collateral coverage of the loan applied for plus the underlying interest. Based on the instructions received from the eligible participant and from the National Bank of Romania, SAFIR shall register the collateral by blocking the respective eligible assets, in conformity with its rules, and the National Bank of Romania shall grant the lending facility.

The interest underlying the period for which the eligible assets are the subject of a pledge must go the registered owner, respectively the eligible participant. The relieve of the collateral used to secure the loan at its granting is conditional upon the loan reimbursement and the payment of the underlying interest. When the loan matures, after its reimbursement and the payment of the underlying interest by the eligible participant, the National Bank of Romania shall initiate into SAFIR the relieve of the eligible assets used as collateral. If, at the loan maturity, the eligible participant does not pay back the loan and/or does not pay the

Activele eligibile pentru tranzacţionare şi pentru garantare trebuie să îndeplinească următoarele condiţii, în mod cumulativ, după caz:

a) să fie în proprietatea participantului eligibil prezentator;

b) să nu fie gajate sau sechestrate;

c) să aibă o scadenţă ulterioară scadenţei operaţiunii efectuate;

d) să aibă cupoane scadente ulterior scadenţei operaţiunii efectuate;

e) să nu fie emise de participantul eligibil prezentator.

5. Facilităţile permanente

Sunt operaţiuni care se desfăşoară la solicitarea participanţilor eligibili şi nu la iniţiativa băncii centrale.

Facilităţile permanente oferite de către Banca Naţională a României instituţiilor de credit au drept scop: (I) absorbirea, respectiv, furnizarea de lichiditate pe termen foarte scurt (o zi); (II) semnalizarea orientării generale a politicii monetare; şi (III) stabilizarea ratelor dobânzilor pe termen scurt de pe piaţa monetară interbancară, prin coridorul format de ratele dobânzilor aferente celor două instrumente.

Instituţiile de credit pot accesa din proprie iniţiativă cele două facilităţi permanente oferite de către Banca Naţională a României:

– *facilitatea de creditare (credit lombard)* – scopul este să permită participanţilor eligibili să obţină de la banca centrală lichiditate pe termen foarte scurt, respectiv cu scadenţa de o zi (*overnight*), contra colateral, la o rată de dobândă predeterminată.

Acordarea creditului lombard este condiţionată de colateralizarea acestuia cu active eligibile. Garanţiile trebuie constituite până la momentul acordării creditului, iar valoarea ajustată a acestora trebuie să acopere în proporţie de 100% creditul şi dobânda aferentă. În cazuri excepţionale, Consiliul de administraţie al Băncii Naţionale a României poate limita sau suspenda accesul participanţilor eligibili la creditul lombard. Condiţiile de acordare şi modul de garantare a creditelor lombard vor fi stabilite prin contractul cadru de credit lombard şi prin contractul de gaj pentru credit lombard, încheiate cu fiecare participant eligibil, ale căror modele sunt prevăzute în anexele la Ordinul nr. 8/2006. Înregistrarea, executarea şi eliberarea garanţiilor constituite în baza contractelor de gaj încheiate cu participanţii eligibili se vor realiza în conformitate cu regulile sistemului SAFIR.

Concomitent cu prezentarea solicitării de credit, participanţii eligibili vor transmite Direcţiei operaţiuni de piaţă din cadrul Băncii Naţionale a României o notificare prin care aceştia consimt să garanteze creditul solicitat şi dobânda aferentă, notificare care va cuprinde elementele de identificare ale activelor eligibile ce fac obiectul gajului (anexă la Ordinul nr. 8/2006) şi vor iniţia în sistemul SAFIR înregistrarea garanţiilor conform regulilor de sistem. Direcţia operaţiuni de piaţă va verifica eligibilitatea activelor, precum şi acoperirea cu garanţii a creditului solicitat şi a dobânzii aferente. În baza instrucţiunii primite de la participantul eligibil şi de la Banca Naţională a României, SAFIR va proceda la înregistrarea garanţiei prin blocarea activelor eligibile respective, conform regulilor acestuia, iar Banca Naţională a României va proceda la acordarea facilităţii de creditare.

Dobânda aferentă perioadei pentru care activele eligibile constituie obiectul unui gaj se cuvine proprietarului înregistrat, respectiv participantului eligibil. Deblocarea garanţiilor constituite la acordarea creditelor este condiţionată de rambursarea creditelor şi de plata dobânzilor aferente. La scadenţa creditelor, după rambursarea creditelor şi plata dobânzilor

underlying interest, the National Bank of Romania shall collect its claims by enforcing the collateral in accordance with the not-reimbursed value, in conformity with the provisions of art. 50 par. (3) in Law no. 312/2004.

- *The deposit facility* – it is accessed by the eligible participants in order to turn to account the liquidity surplus and it allows them to place a deposit overnight with the central bank, at a predetermined interest rate. In exceptional cases, the National Bank of Romania Board can suspend the eligible participants' access to the deposit facility.

6. Sanctions which can be applied by the National Bank of Romania to eligible participants for breaching the dispositions of Regulation no. 1/2000

- If an eligible participant does nor carry out his/her obligations regarding observing the settlement date of the operations conducted with the National Bank of Romania, for each day of delay, the former shall be obliged to pay a penalising interest, calculated daily, considering the average interest rate of the National Bank of Romania operation plus the ROBID-ON rate on each day of the delay period.
- The National Bank of Romania can stop unconditionally, unilaterally and without prior notice any operation under deployment, regulated by Regulation 1/2000, if eligible participants breach their legal and/or contractual obligations, being entitled to decide, as the case may be, to temporarily or finally suspend their participation to the monetary operations deployed by the National Bank of Romania.
- If eligible participants breach the obligations mentioned under point 1, and the monetary policy goals of the National Bank of Romania are affected, the central bank shall apply sanctions in conformity with the provisions of art. 229, art. 235 and art. 236 in the Government Emergency Ordinance no. 99/2006 on credit institutions and capital adequacy.
- If, at maturity, the eligible borrower-participant has not paid off the granted loan and/or has not paid in full the underlying interest, for the uncollected amounts, the National Bank of Romania shall enforce the collateral in conformity with the provisions of art. 50 par. (3) in Law no. 312/2004 on the Statute of the National Bank of Romania.

B. The National Bank of Romania activity for international reserves management

The international reserves management is a prerogative which belongs to the National Bank of Romania via Law no. 312/2004 on the Statute of the National Bank of Romania. In this respect, art. 30 (*International Reserves*) sets forth that the National Bank of Romania – observing the general rules on liquidity and the risk specific to foreign assets, establishes and keeps international reserves, so that, periodically, their exact size can be determined.

In conformity with Law no. 312/2004 on the Statute of the National Bank of Romania, the National Bank of Romania targets the maintaining of international reserves at a level adequate for Romania's foreign transactions and, if there is a danger of international reserves dropping to a level which would endanger the state's international transactions as well as if the drop happened, the National Bank of Romania shall submit to the Government and to Parliament a report on the situation of the international reserves and the causes which have led or which

aferente de către participantul eligibil, Banca Naţională a României va iniţia în SAFIR deblocarea activelor eligibile constituite drept garanţie. În cazul în care, la scadenţa creditelor, participantul eligibil nu rambursează creditele şi/sau nu plăteşte dobânzile aferente, Banca Naţională a României va proceda la recuperarea creanţelor, prin executarea garanţiilor corespunzător valorii nerambursate, în conformitate cu prevederile art. 50 alin. (3) din Legea nr. 312/2004.

- *facilitatea de depozit* – se accesează de către participanţii eligibili în scopul valorificării excesului de lichiditate şi permite plasarea unui depozit cu scadenţa de o zi la banca centrală (*overnight*), la o rată de dobândă predeterminată. În cazuri excepţionale, Consiliul de administraţie al Băncii Naţionale a României poate suspenda accesul participanţilor eligibili la facilitatea de depozit.

6. Sancţiuni ce pot fi aplicate de către Banca Naţională a României participanţilor eligibili pentru nerespectarea dispoziţiilor Regulamentului nr. 1/2000

- În situaţia în care un participant eligibil nu îşi îndeplineşte obligaţiile ce îi revin, referitoare la respectarea termenului de decontare a operaţiunilor efectuate cu Banca Naţională a României, pentru fiecare zi de întârziere, acesta va fi obligat la plata unei dobânzi penalizatoare, calculată zilnic, la nivelul ratei medii de dobândă a operaţiunii Băncii Naţionale a României plus nivelul ratei ROBID-ON aferente fiecărei zile din perioada de întârziere.
- Banca Naţională a României poate sista necondiţionat, unilateral şi fără preaviz orice operaţiune în derulare, reglementată de Regulamentul nr. 1/2000, în cazuri de nerespectare de către participanţii eligibili a obligaţiilor legale şi/sau contractuale, putând decide, după caz, suspendarea temporară sau definitivă a participării acestora la operaţiunile monetare desfăşurate de Banca Naţională a României.
- În cazul în care, prin nerespectarea de către participanţii eligibili a obligaţiilor menţionate la punctul 1, sunt afectate obiectivele de politică monetară a Băncii Naţionale a României, aceasta va aplica sancţiuni în conformitate cu prevederile art. 229, art. 235 şi art. 236 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului.
- În situaţia în care, la scadenţă, participantul eligibil împrumutat nu a rambursat integral creditul acordat şi/sau nu a plătit integral dobânda aferentă, pentru sumele nerecuperate, Banca Naţională a României va proceda la executarea garanţiilor, în conformitate cu prevederile art. 50 alin. (3) din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României.

B. Activitatea desfăşurată de către Banca Naţională a României în vederea administrării rezervelor internaţionale

Administrarea rezervelor internaţionale este un atribut conferit Băncii Naţionale a României prin Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României. În acest sens, art. 30 (*Rezervele internaţionale*) prevede faptul că Banca Naţională a României, respectând regulile generale privind lichiditatea şi riscul specific activelor externe, stabileşte şi menţine rezerve internaţionale, în astfel de condiţii încât să poată determina periodic mărimea lor exactă.

În conformitate cu Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României, Banca Naţională a României urmăreşte menţinerea rezervelor internaţionale la un nivel adecvat tranzacţiilor externe ale României, iar în situaţia în care există pericolul diminuării rezervelor

could lead to such a reduction. The report shall contain the recommendations of the National Bank of Romania as regards the macroeconomic, governmental policies needed to prevent or remedy this situation.

The National Bank of Romania manages the international reserves in order to fine-tune the country's external economic misbalances and make gains on medium and long-term by investing these reserves, considering their control and risk mitigation.

During the period 2004-2009, total income earned from the management of international reserves amounted to 3.85 billion euros. On 30 June 2009, the foreign currency reserves of the National Bank of Romania stood at 26,466 billion euros, compared to 26,852 billion euros at 31 May 2009.

Romania's international reserves (foreign currency plus gold) on 30 June 2009 stood at 28,690 billion euros, against 29,161 billion euros on 31 May 2009.

The formation, utilization and management of reserves is performed based on the strategy adopted by the National Bank of Romania Board, taking into account international practice and the recommendations regarding best practices in the field of international institutions (the World Bank, the International Monetary Fund, the Bank for International Settlements).

The strategic goals adopted by the National Bank of Romania Board on managing international reserves are carried out – via tactical decisions, by the International Reserves Management Committee.

The International Reserves Management Committee acts taking into consideration the framework and the limits established via the general strategy approved by the Board and in conformity with the internal regulations on managing international reserves and its own operating regulation.

The appointment of the Committee members and the changes in its structure are conducted via an order of the Governor. The Committee is made up of 13 members, its president being the vice-governor who coordinates the Market Operations Division. The Committee meets whenever the developments in markets impose it but al least twice a month. The Office for managing international reserves is in charge with the operative management of the business of international reserves management, being responsible for: the ongoing monitoring of the developments on international financial markets; trading in international financial markets in conformity with internal norms, with international practices and the specific market conditions at the time of trading; the deployment of specific operations to manage international reserves, in conformity with the strategy to manage international reserves and the regulations approved by the Board and the International Reserves Management Committee.

The elements which, cumulatively or selectively, make up the international reserves are set forth in art. 30 in Law no. 312/2004 as follows:

- Gold held in vault in the country or stored abroad;
- Foreign assets, such as banknotes and coins or money in accounts opened with banks or with other financial institutions from abroad, denominated in these respective currencies and held in these countries, as established by the National Bank of Romania;
- Any other reserve assets, acknowledged internationally, including the right to make purchases from the International Monetary Fund in the reserve tranche, as well as the holdings of Special Drawing Rights;
- Bills of exchange, cheques, promissory notes as well as bonds and other securities, negotiable or not, issued or secured by non-resident legal persons, classified in the first

internaţionale, până la un nivel care ar periclita tranzacţiile internaţionale ale statului, precum şi în cazul în care diminuarea s-a produs, Banca Naţională a României va prezenta Guvernului şi Parlamentului un raport privind situaţia rezervelor internaţionale şi cauzele care au condus sau care pot conduce la o astfel de reducere. Raportul va conţine recomandările Băncii Naţionale a României privind politicile guvernamentale macroeconomice necesare pentru preîntâmpinarea sau remedierea situaţiei.

Banca Naţională a României administrează rezervele internaţionale în vederea reglării dezechilibrelor economice externe ale ţării şi obţinerii de câştiguri pe termen mediu şi lung din investirea acestora, în condiţii de control şi limitare a riscurilor.

În perioada 2004-2009, veniturile totale obţinute din administrarea rezervelor internaţionale au fost de 3,85 miliarde euro. La 30 iunie 2009, rezervele valutare la Banca Naţională a României se situau la nivelul de 26.466 milioane euro, faţă de 26.852 milioane euro la 31 mai 2009.

Rezervele internaţionale ale României (valute plus aur) la 30 iunie 2009 au fost de 28.690 milioane euro, faţă de 29.161 milioane euro la 31 mai 2009.

Formarea, utilizarea şi administrarea rezervelor se realizează în baza strategiei adoptate de către Consiliul de administraţie al Băncii Naţionale a României, ţinând cont de practica internaţională şi de recomandările privind bunele practici în domeniu ale instituţiilor internaţionale (Banca Mondială, Fondul Monetar Internaţional, Banca Reglementelor Internaţionale).

Obiectivele strategice adoptate de către Consiliul de administraţie al Băncii Naţionale a României privind administrarea rezervelor internaţionale sunt aduse la îndeplinire prin decizii de natură tactică, de către Comitetul de administrare a rezervelor internaţionale.

Comitetul de administrare a rezervelor internaţionale acţionează în cadrul şi în limitele stabilite prin strategia generală, aprobată de către Consiliul de administraţie şi în conformitate cu regulamentele interne privind administrarea rezervelor internaţionale şi a propriului regulament de funcţionare.

Numirea membrilor Comitetului şi schimbările în componenţa acestuia se fac prin ordin al Guvernatorului. Comitetul este compus din 13 membrii, preşedintele acestuia fiind viceguvernatorul care coordonează Direcţia operaţiuni de piaţă. Comitetul se întruneşte ori de câte ori evoluţia pieţelor o impune dar cel puţin bilunar. Serviciul administrarea rezervelor internaţionale este responsabil de conducerea operativă a activităţii de administrare a rezervelor internaţionale, având ca atribuţii: monitorizarea permanentă a evoluţiei pieţelor financiare internaţionale, tranzacţionarea pe pieţele financiare internaţionale în conformitate cu normele interne, cu uzanţele internaţionale şi cu condiţiile specifice ale pieţei din momentul tranzacţionării, derularea operaţiunilor specifice de administrare a rezervelor internaţionale, conform strategiei de administrare a rezervelor internaţionale şi a reglementărilor aprobate de către Consiliul de administraţie şi Comitetul de administrare a rezervelor internaţionale.

Elementele din care sunt alcătuite cumulativ sau selectiv rezervele internaţionale sunt prevăzute de art. 30 din Legea nr. 312/2004:

- aur deţinut în tezaur în ţară sau depozitat în străinătate;
- active externe, sub formă de bancnote şi monede sau disponibil în conturi la bănci sau la alte instituţii financiare în străinătate, exprimate în acele monede şi deţinute în acele ţări, pe care le stabileşte Banca Naţională a României;
- orice alte active de rezervă, recunoscute pe plan internaţional, inclusiv dreptul de a efectua cumpărări de la Fondul Monetar Internaţional în cadrul tranşei de rezervă, precum şi deţinerile de drepturi speciale de tragere;

categories by risk assessment agencies, acknowledged internationally, denominated and payable in foreign currency in locations acceptable for the National Bank of Romania;

- Treasury bills, bonds and other government securities, issued or secured by foreign governments or inter-governmental financial institutions, negotiable or not, denominated and payable in foreign currency in locations acceptable for the National Bank of Romania.

In conformity with the strategy for international reserves management, the categories of securities issuers who can be accepted in this activity are governments, government agencies or the agencies sponsored by governments or supra-national institutions. The International Reserves Management Committee is in charge with approving the lists that include the issuers for investments in securities and, respectively their counterparties for trades.

- *Governmental agencies* are the agencies whose obligations are explicitly guaranteed – via legally binding acts, by the sovereign states;
- *Government-sponsored agencies* are the agencies which benefit from implicit government guarantees; these are characterized by three main elements, which differentiates them from other companies, namely:
  a) The operating statute of the agency is approved by the Parliament or the Government;
  b) The appointment of the Board members (fully or only partially) is conducted by the executive management of the state;
  c) The existence of some permanent lines of credit made available by the state or a state guarantee for the undertaken obligations.

Supra-national institutions have as main characteristic the fact that the shareholders are sovereign states. Therefore, traditionally, the rating granted by specialized agencies must be the best one.

The types of operations which the National Bank of Romania can deploy in its international reserves management are set forth, in a limitative manner, in art. 31 in Law no. 312/2004 on the Statute of the National Bank of Romania, i.e.:

- to buy, sell and conduct other transactions with bullion and coin made of gold and other precious metals;
- to buy, sell and conduct other transactions with foreign currencies;
- to buy, sell and conduct other transactions on the secondary market with Treasury bills, bonds and other securities issued or guaranteed by foreign governments or inter-governmental financial organizations;
- to buy, sell and conduct other transactions with securities issued or guaranteed by central banks, by international financial institutions, banks and non-banks;
- to open and keep accounts with other central banks and monetary authorities, banking institutions and international financial institutions;
- to open and keep accounts and conduct correspondent operations for international financial institutions, central banks and monetary authorities, financial and banking institutions, foreign inter-governmental financial organizations, as well as for foreign governments and their agencies.

English version by Flavia Toader, PhD

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

- cambii, cecuri, bilete la ordin, precum şi obligaţiuni şi alte valori mobiliare, negociabile sau nu, emise sau garantate de persoane juridice nerezidente, clasificate în primele categorii de către agenţiile de apreciere a riscurilor, recunoscute pe plan internaţional, exprimate şi plătibile în valută în locuri acceptabile pentru Banca Naţională a României;
- bonuri de tezaur, obligaţiuni şi alte titluri de stat, emise sau garantate de guverne străine sau de instituţii financiare interguvernamentale, negociabile sau nu, exprimate şi plătibile în valută în locuri acceptabile pentru Banca Naţională a României.

În conformitate cu strategia de administrare a rezervelor internaţionale, categoriile de emitenţi de titluri de valoare ce pot fi utilizaţi în cadrul acestei activităţi sunt: guvernele, agenţiile guvernamentale sau cele sponsorizate de guverne şi instituţiile supranaţionale. Comitetul de administrare a rezervelor internaţionale este responsabil pentru aprobarea listelor cuprinzând emitenţii pentru investiţii în titluri şi, respectiv, contrapartidele pentru tranzacţii.

- *Agenţiile guvernamentale* sunt agenţii ale căror obligaţii sunt garantate explicit, prin acte cu putere de lege, de către statele suverane;
- *Agenţiile sponsorizate de guverne* sunt agenţiile care beneficiază de garanţii implicite din partea guvernelor; acestea sunt caracterizate prin trei elemente principale, care le diferenţiază de companiile obişnuite:
  a) statutul de funcţionare al agenţiei este aprobat de către Parlament sau Guvern;
  b) numirea membrilor Consiliului de administraţie (integral sau doar în parte) este făcută de către conducerea executivă a statului;
  c) existenţa unor linii de credit permanente puse la dispoziţie de către stat sau garantarea de stat a obligaţiilor asumate.
- *Instituţiile supranaţionale* au drept principală caracteristică faptul că acţionarii sunt statele suverane. Aceasta face ca, în mod tradiţional, rating-ul atribuit de agenţiile specializate să fie maxim.

Tipurile de operaţiuni pe care Banca Naţională a României le poate desfăşura în activitatea de administrare a rezervelor internaţionale sunt prevăzute limitativ în cadrul art. 31 din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României:

- să cumpere, să vândă şi să efectueze alte tranzacţii cu lingouri şi monede din aur şi cu alte metale preţioase;
- să cumpere, să vândă şi să efectueze alte tranzacţii cu valute;
- să cumpere, să vândă şi să efectueze alte tranzacţii pe piaţa secundară cu bonuri de tezaur, obligaţiuni şi alte titluri emise sau garantate de guverne străine sau de organizaţii financiare interguvernamentale;
- să cumpere, să vândă şi să efectueze alte tranzacţii cu valori mobiliare emise sau garantate de bănci centrale, de instituţii financiare internaţionale, de societăţi bancare şi nebancare;
- să deschidă şi să menţină conturi la alte bănci centrale şi autorităţi monetare, societăţi bancare şi la instituţii financiare internaţionale;
- să deschidă şi să ţină conturi şi să efectueze operaţiuni de corespondent pentru instituţii financiare internaţionale, bănci centrale şi autorităţi monetare, societăţi financiare şi bancare, organizaţii financiare interguvernamentale din străinătate, precum şi pentru guverne străine şi agenţiile lor.

B.C.U. "M. EMINESCU" IAŞI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

B.C.U. "M. EMINESCU" IAȘI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

20104593

35

Volumul *Criza financiară în lume. Reglementarea şi supravegherea instituţiilor de credit/ Financial crisis in the world. The role of the regulation and supervision of the credit institutions* reuneşte o parte a comunicărilor prezentate la Conferinţa Internaţională Criza financiară în lume. Rolul reglementării şi al supravegherii prudenţiale a instituţiilor de credit organizată de Asociaţia Consilierilor Juridici din Sistemul Financiar-Bancar în perioada 3-6 iunie 2009.

Problemele prezentate, de maxim interes şi actualitate – procedura insolvenţei, supravegherea prudenţială a instituţiilor de credit, contractele bancare în noul Cod civil român, reforma penală, recapitalizarea instituţiilor de credit şi a companiilor de asigurări etc. – au fost dezbătute de jurişti de prestigiu proveniţi din sistemul financiar, din bănci centrale sau alte autorităţi de supraveghere şi din bănci comerciale române sau străine, precum şi din mediul academic românesc.

BCU IASI / CENTRAL

ISBN 973191196-0

9 789731 911960

PREŢ 35 RON